Anwendbarkeit der actio Pauliana

auf

Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung.

Inauguraldissertation,

vorgelegt der

Juristenfakultät zu Rostock i. M.

von

Otto Stölzel,
Kammergerichtsreferendar.

Gräfenhainichen.
Druck von C. H. Schulze & Co.
1890.

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Einleitung 7

II. Vorbereitender Teil: Die actio Pauliana im allgemeinen . . 8

III. Hauptteil: Die Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt, Pfandbestellung 18

1. Abschnitt: Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung 18

A. Anwendbarkeit der actio Pauliana auf die Zahlung einer klagbaren fälligen Schuld 20

B. Anwendbarkeit der actio Pauliana auf die Zahlung einer nicht klagbaren und einer nicht fälligen Schuld 36

2. Abschnitt: Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Hingabe an Zahlungsstatt 42

3. Abschnitt: Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Pfandbestellung 49

IV. Schlufs 56

Verzeichnis der benutzten Druckschriften.

Arndts, L., Ritter von Arnesberg. Lehrbuch der Pandekten. 13. Auflage, besorgt von Pfaff und Hofmann. Stuttgart 1886.

Baron, J. Pandekten. 6. Auflage. Leipzig 1887.

Beisert, R. Über anfechtbare Veräufserungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte zahlungsunfähiger Schuldner. In „Gruchot, I. A., Beiträge zur Erläuterung des preufsischen Rechts durch Theorie und Praxis. 10. Jahrgang. Berlin 1866.“ Seite 1—59.

Bekker, Ernst Immanuel. System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1889.

Brinz, Alois. Lehrbuch der Pandekten. 2. Band. 2. Auflage. Erlangen 1879.

Brissonius, Barnabas. De verborum significatione. Edidit J. G. Heineccius praemissa praefatione J. H. Boehmeri. Halae 1743.

Budde, Johann Friedrich. Entscheidungen des Grofsherzoglich Mecklenburgischen Oberappellationsgerichts zu Rostock. 1.—5. Band, heraus-

gegeben von Buchka und Budde, 6.—9. Band (1.—4. Band der Neuen Folge) von Budde.

Cannegiefser, Leonhard von. Collectionis decisionum supremi tribunalis appellationum Hasso-Cassellani tomi tres. Cassellis 1768, 1771.

Dabelow, Christian Christoph. Ausführliche Entwickelung der Lehre vom Konkurse der Gläubiger. Halle 1801.

Dernburg, Heinrich. Pandekten. Berlin 1884 flg.

— — Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Leipzig 1860.

Düring, Francke, Meyersburg. Zeitschrift für hannöversches Recht. Hannover 1869—1878.

Entscheidungen des Reichs-Ober-Handels-Gerichts, herausgegeben von den Räten des Gerichtshofs. Erlangen 1870 flg.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs. 1.—23. Band. Leipzig 1880—1889.

Fischer, Otto. Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung. Paderborn 1875.

Franke. Über die Zulässigkeit der actio Pauliana bei Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungsstatt. Im „Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von Franke, Linde, v. Löhr u. a. 16. Band. Heidelberg 1833.“ Seite 125—142, 251—270.

Friedländer, Emil. De actione Pauliana. Berolini 1868.

Grützmann, Paul. Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger nach gemeinem Recht und der Reichskonkursordnung. Leipzig 1882.

Hasenbalg, H. Zur Lehre von der actio Pauliana, insbesondere unter welchen Voraussetzungen kann ein vom Schuldner bestelltes Pfandrecht erfolgreich mittels der gedachten Klage angegriffen werden? Berlin 1874 (rezensiert von Eck in der „Jenaer Litteratur-Zeitung,“ herausgegeben von A. Klette. 1. Jahrgang, Jena 1874, Seite 588 flg.).

Huschke, E. P. Rutilius Rufus oder A. F. P. R. und das interdictum fraudatorium. In der „Zeitschrift für Civilrecht und Prozefs. Neue Folge XIV.“ S. 1—130.

— — Über die Rutilische Konkursordnung und das fraudatorische Interdikt. In der „Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgegeben von Bruns, v. Roth, Böhlau. 9. Band 1870.“ Seite 329 flg.

Kierulf, J. F. Sammlung der Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck.

Kohler, Joseph. Natur der paulianischen Klage. In seinen „Gesammelten Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht. Mannheim 1883,“ No. 10, Seite 317—338.

Krische, Paul. Die Anfechtung der von dem Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen nach gemeinem, sächsischem und deutschem Reichsrechte. Im „Archiv für civilrechtliche Entscheidungen der sächsischen Justizbehörden, herausgegeben von Friedrich Albert Wengler. Neue Folge, 2. Jahrgang. Leipzig 1881“, No. 113, Hefte 37—47.

Laspeyres. Über Anfechtung von Zahlungen mit der actio Pauliana. Im „Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von Franke, Linde, v. Löhr u. a. 21. Band. Heidelberg 1838.“ Seite 35—100.

Lauterbach, Wolfgang Adam. Collegium theoreticopracticum. Tomus tertius. Editio nova. Tubingae 1765.

Leyser, Augustinus. Meditationes ad Pandectas, quibus praecipua iuris capita ex antiquitate explicantur . . . . atque variis celebrium collegiorum responsis et rebus iudicatis illustrantur. Volumen VII. Lipsiae et Guelpherbyti 1732.

Mankiewicz, Albert Georg. Beiträge zur Lehre von der actio Pauliana. Halle 1874.

Meischeider, E. Die preufsische Gesetzgebung über das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach den Gesichtspunkten des römischen Rechts. Berlin 1864.

Nett, Bartholomäus. Die actio Pauliana und das interdictum fraudatorium. Zürich 1861.

Olshausen, Justus. Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Auflage, Berlin 1889/90 (1.—7. Lief.).

Otto, Victor. Die Anfechtung von Rechtshandlungen nach gemeinem, sächsischem und deutschem Reichsrecht. Leipzig 1881.

Puchta, G. F. Pandekten. 4. Auflage von Rudorff. Leipzig 1848.

Reinhardt. Von der paulianischen und den mit derselben verwandten Klagen. In seinen „Vermischten Aufsätzen aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtswissenschaft. 2. Heft. Stuttgart 1823.“

Reinhart, Theodor. Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger, actio Pauliana, nach römischem und gemeinem Recht. Winterthur 1871.

Rocholl. Anfechtung von Veräufserungen, welche in Erfüllung einer Verbindlichkeit geschehen sind, mit den paulianischen Rechtsmitteln. In der „Juristischen Wochenschrift, herausgegeben von Haenle und Kempner, Organ des deutschen Anwalt-Vereins. 12. Jahrgang. Berlin 1883,“ No. 2—7.

Rudorff. Über die Rutilische Konkursordnung und das fraudatorische Interdikt. In der „Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgegeben von Bruns, v. Roth, Böhlau. 8. Band. Weimar 1869.“ Seite 62—99.

Sammlung von Erkenntnissen und Entscheidungsgründen des Ober-Apell.-Gericht Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen nebst den Erkenntnissen der unteren Instanzen. Hamburg 1852 flg.

Schey, Josef von. Zur Geschichte der actio Pauliana und des interdictum fraudatorium. In der „Zeitschrift für Rechtsgeschichte von Bruns, v. Roth, Böhlau. 13. Band. Weimar 1878.“ Seite 120—195.

Schönemann, Oscar. Die paulianische Klage wegen Veräufserungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachteile der Gläubiger. Gera 1873.

Schröter, von. Über Wesen und Umfang der in integrum restitutio. In der „Zeitschrift für Civilrecht und Prozefs, herausgegeben von Linde, Marezoll, Schröter. Giefsen 1833. 6. Band.“ Seite 91—175.

Seuffert, J. A. und Seuffert, E. A. (später nur ersterer). Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. 1—44. Band. München (und Leipzig) 1847—1889.

Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand. Das praktische gemeine Civilrecht. 3. Auflage. Leipzig 1868.

Striethorst, Theodor. Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Obertribunals gelangt sind. Berlin.

Strippelmann, F. G. L. Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts zu Cassel. 5. Band. Cassel 1848.

Struckmann, H. Über die Anfechtbarkeit der datio in solutum mittels der actio Pauliana. In den „Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Ihering und Unger. 12. Band. Jena 1873." Seite 277—312.

Stryck, Samuel. Continuatio quarta usus moderni Pandectarum, opus posthumum editum ab autoris filio Joh. Samuele Stryckio. Halae Magdeburgicae 1746.

Unterholzner, K. A. D. Quellenmäfsige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Herausgegeben von Huschke. Leipzig 1840.

Vangerow, Carl Adolph von. Lehrbuch der Pandekten. 7. Auflage. Marburg & Leipzig 1869.

Wening-Ingenheim, von. Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5. Auflage, besorgt von Fritz. München 1838.

Windscheid, Bernhard. Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Auflage. Frankfurt a/M. 1882.

Zürcher, Emil. Die actio Pauliana nach gemeinem Recht und den neueren Kodifikationen. Zürich 1872.

Es bedeuten:

LübE.: Sammlung von Erkenntnissen und Entscheidungsgründen des des Ober-Apell.-Ger. Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen.

RGE.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

ROHGE.: Entscheidungen des Reichs-Ober-Handels-Gerichts.

Im übrigen sind die Werke mit den Namen der Autoren bezw. Herausgebern angeführt.

Einleitung.

In Rom, der Wiege unseres Rechts, entstand das Institut der Anfechtung seitens benachteiligter Gläubiger erst im sechsten Jahrhundert der Stadt[1]). Nach und nach gab der Prätor den Geschädigten zur Anfechtung der fraudulosen Rechtshandlungen des Schuldners eine actio in factum, ein interdictum (das sogenannte interdictum fraudatorium) und eine actio in rem. Über das innere und das chronologische Verhältnis dieser Rechtsmittel ist uns nichts überliefert. Sie werden uns vielmehr mit einander vermengt in der Justinianeischen Kompilation, insbesondere in dem einschlägigen Titel der Digesten

„Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur," 42, 8,

vorgeführt. Leicht erklärt sich, dafs bei einer solchen Verschmelzung der verschiedenartigsten Rechtsmittel — es erhellt z. B., dafs eines persönlicher, ein anderes dinglicher Natur war — sich manche Unebenheiten und sogar direkte Widersprüche[2]) eingeschlichen haben, und trotz der gegenteiligen Versicherung Justinians[3]), Antinomien seien in seinem Werke nicht zu finden, ist es auch „subtili animo" nicht gelungen, ein einheitliches, unzweifelhaftes System den Quellen zu entnehmen. Im Gegenteil haben sich gerade in dieser so wichtigen Lehre die mannigfaltigsten und heftigsten Kontroversen entwickelt, welche in einer fast überreichen Litteratur behandelt sind, ohne dafs dadurch eine Einigung erzielt wäre.

Die verschiedenen den Gegenstand des genannten Pandektentitels bildenden Rechtsmittel hat die Wissenschaft in An-

[1]) Reinhart S. 16, Schey S. 189, Huschke S. 120.

[2]) Z. B. bezüglich der zu restituierenden Früchte l. 10 §§ 20, 22 und l. 25 § 4 D. h. t., bezüglich der dinglichen oder persönlichen Natur der Pauliana § 6 I. de act. 4. 6 und l. 38 § 4 D. de usuris 22. 1.

[3]) In Constit. 'Tavta' § 15.

knüpfung an l. 38 § 4 D. de usuris 22. 1 und an die Paraphrase des Theophilus zu § 6 J. de act. 4. 6 als „actio Pauliana“ zusammengefafst. Drei Gruppen von Fragen sind es, welche sich hinsichtlich dieser Klage unterscheiden lassen: die einen betreffen die Geschichte des Anfechtungsrechts bis zur Justinianeischen Kodifikation, die anderen haben das Wesen und die Voraussetzungen der actio Pauliana zum Gegenstand, die dritten schliefslich beschäftigen sich mit dem Anwendungsgebiet der Pauliana im einzelnen. Die ersten konnten stets nur ein rechtsgeschichtliches Interesse beanspruchen.

Dagegen hatten die Kontroversen der anderen beiden Klassen eine hohe praktische Bedeutung bis zur Neuregelung des Anfechtungsrechts in der Reichskonkursordnung und dem Reichsanfechtungsgesetze. Unter den Streitfragen der dritten Gruppe haben von Alters her ein besonderes Interesse diejenigen in Anspruch genommen, welche die Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Handlungen betreffen, die der Schuldner nicht mit einem Dritten, um alle Gläubiger zu übervorteilen, vornimmt, sondern mit einem der Gläubiger, um diesen zu bevorzugen und die übrigen zu verkürzen. Solche Bevorzugungshandlungen können sein vor allem die unmittelbare Befriedigung mit dem Gegenstande der Forderung, sodann auch die Hingabe an Zahlungsstatt und die Bestellung eines Pfandrechts zwecks späterer Befriedigung.

Mit der Frage der Anfechtbarkeit dieser drei Handlungen wollen wir uns hier beschäftigen. In einem vorbereitenden Teile sollen die Voraussetzungen und allgemeinen Grundsätze der Pauliana actio kurz berührt und dabei die streitigen Punkte behandelt werden, deren vorherige Entscheidung für die Ausführungen im Hauptteil erforderlich erscheint.

Vorbereitender Teil:

Die actio Pauliana im allgemeinen.

Die actio Pauliana ist diejenige Klage, mit welcher ein Konkursgläubiger oder ein Konkurskurator eine Veräufserung, welche der Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu benach-

teiligen, vorgenommen hat, diesem oder dem mitwissenden Dritterwerber gegenüber anficht, sofern die fraudulose Handlung den Gläubigern, denen sie hat Schaden bringen sollen, nachteilig geworden ist.

Die Klage beruht auf dem dolus des Schuldners, sowie auf dem des Dritterwerbers, sie ist also deliktischer Natur, woraus ferner folgt, dafs sie sich als eine actio in personam darstellt[1]), und dafs sie nach Art der Deliktsobligationen vererbt[2]).

Ziel der Klage ist Herausgabe des fraudulos Empfangenen, oder wenn diese unmöglich, voller Ersatz des den Gläubigern entzogenen Vermögenswertes —: ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset. Rückgewährung seiner Gegenleistung kann Beklagter nur fordern, soweit die Konkursmasse bereichert ist[3]).

Passiv legitimiert zur Klaganstellung ist zunächst der Schuldner selbst[4]). Da er aber ohnehin dem Kläger zu mehr verpflichtet ist, als er leisten kann, so bietet seine Belangung keine Aussicht auf Erfolg. In vermögensrechtlicher Beziehung ist also die Anstellung der Pauliana gegen den fraudator sinnlos, sie hatte nach römischem Recht den Zweck der Bestrafung, welche etwa im Verluste des beneficium competentiae bei stattgehabter cessio bonorum oder im Eintritt der Infamie bestanden haben mag[5]). Heute kann auch eine solche Bestrafung nicht mehr vorkommen. So ist denn von Wert nur die Richtung der Klage gegen den Dritterwerber, welcher indes, um belangbar zu sein, in der Regel conscientia fraudis haben mufs, wie wir unten genauer sehen werden.

Anfechtungsberechtigt sind die benachteiligten Gläubiger sowie deren Vertreter, nämlich im älteren römischen Recht der bonorum emtor, der mit dem ganzen Vermögen auch die einzelnen nomina erwarb, im späteren Konkursverfahren der Konkurskurator[6]).

---

[1]) L. 38 pr. und § 4 de usuris 22. 1. Dagegen ist die dingliche Natur des in § 6 J. de act. 4. 6 erwähnten Rechtsmittels in der Justinianeischen Verschmelzung aufgegangen: so Markiewicz S. 12 flg., Dernburg Pand. § 145 Note 13, insbesondere Kohlers Abhandlung.

[2]) L. 10 § 25, l. 11 D. h. t.

[3]) L. 8 D. h. t.

[4]) L. 10 § 24, l. 25 § 7 D. h. t.

[5]) Krische S. 634, Otto S. 158, Schey S. 148.

[6]) Otto S. 148 flg., Dernburg Pand. § 145[3a].

Hieraus und aus sonstigen Andeutungen der Quellen, z. B. l. 6 § 14 D. h. t., geht hervor, dafs die Römer nur eine konkursmäfsige Anfechtung gekannt haben[1]).

Die Klage in ihrer oben dargelegten vollen Tragweite verjährt nach l. 6 § 14 cit. in einem annus utilis seit der venditio bonorum, nach gemeinem Recht seit der Konkurseröffnung, später geht sie nur auf die Bereicherung[2]). Zu welcher Zeit, ob vor oder nach der missio in bona, die fraudulose Handlung vorgenommen, ist im römischen Recht ohne Belang[3]). Nur gerade in Bezug auf Zahlungen machen die Quellen in l. 6 § 7 D. h. t. einen Unterschied. Es hatte danach die Konkurseröffnung schon im älteren römischen Recht einen gewissen Einflufs auf die Verfügungsfähigkeit des Schuldners, es wird schon hier von der par condicio creditorum gesprochen, welche nach der missio in bona eintrat. Aber keineswegs verlor der Schuldner die Verfügungsfähigkeit über sein Vermögen. In dieser letzten Beziehung ist durch die Praxis des gemeinen Rechts eine tief einschneidende Änderung erfolgt: danach sind alle Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Konkursverfahrens mit seinem konkursfähigen Vermögen vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber ipso iure nichtig.

Die einzelnen materiellen Voraussetzungen der Pauliana actio lassen sich in Kürze, wie folgt, zusammenfassen:

1. Vor allem wird eine Handlung von seiten des Schuldners verlangt, damit die actio Pauliana statt haben könne. Das Edikt sagt:

l. 1 pr. D. h. t.: Quae fraudationis causa gesta erunt . .

l. 10 pr. D. h. t.: Quae Lucius Titius fraudandi causa . . . fecit . . .

Da die Handlungen, welche erfordert werden, fraudandi causa vorgenommen sein sollen, fallen natürlich alle bereichernden Handlungen fort. Ferner sind aber auch Zurückweisungen eines ange-

---

[1]) So Laspeyres S. 40, Huschke S. 43, O.-A.-G. Kassel in Seuffert Bd. 3 No. 251. Dagegen fordern Konkurseröffnung nicht: Windscheid Bd. II S. 741, Krische S. 635, A.-G. Celle in Seuffert Bd. 9 No. 356.

[2]) L. 10 § 18, § 24 D. h. t.; RGE. Bd. 4 No. 34.

[3]) Franke S. 129 flg. Dagegen wollen schon nach römischem Recht Nichtigkeit eintreten lassen für Veräufserungen post bona possessa: Dabelow S. 381, Meischeider S. 2.

botenen Erwerbes auszunehmen, wie l. 6 pr. D. h. t. besagt. Im übrigen ist jedoch der Begriff, gemäfs der allgemeinen Ausdrucksweise des Edikts, sowie gemäfs der besonderen Vorschrift in l. 1 § 2 D. h. t. möglichst weit zu fassen. So sind den Handlungen auch Unterlassungen gleich zu stellen. Für alle die verschiedenen möglicherweise der Pauliana actio unterfallenden Rechtsakte einen passenden einheitlichen Ausdruck zu finden, ist schwer. Man hat sich daran gewöhnt nach dem Vorgange von l. 1 § 1 D. h. t., l. 38 § 4 D. de usuris 22. 1, sowie der Überschrift von tit. Cod. 7. 75, welche übereinstimmend die Worte enthalten: revocare, quae in fraudem creditorum alienata sunt, von 'alienatio' und deutsch von „Veräufserung" zu sprechen. Doch mufs man sich hüten, darunter weniger zu begreifen als alle Rechtsakte, welche zu einer fraudatio creditorum führen könnten, mit Ausnahme des Abweisens eines Erwerbes.

Vornehmlich darf man sich nicht durch l. 6 pr. D. h. t. oder durch l. 134 D. de R. J. verleiten lassen, eine wahre Vermögensverminderung, d. h. Verkleinerung der Differenz zwischen Aktivis und Passivis, bezw. bei Insuffizienz Vergröfserung der Differenz, zu verlangen. Die 'deminuentes patrimonium' der l. 6 cit. stehen nur im Gegensatz zu denen, 'qui agunt, ne locupletentur'. Schon daraus, dafs ein Tausch und Kauf zu vollem Werte, sowie eine Entrichtung einer Schuld weder unter die deminutio noch unter die locupletatio fallen würde, wenn man den Ausdruck deminutio streng nähme, folgt, dafs dies letztere unrichtig ist. Auch aus der l. 3. § 2 D. h. t. ergiebt sich, dafs die Quellen nicht den Effekt eines Geschäfts auf den Gesamtbestand des Vermögens beachten, sondern dafs sie auch jedes Aufgeben eines Vermögensbestandteils hierher rechnen. Es wird also ein Akt zugelassen, auch wenn er selbst zu einer sofortigen Vermögensminderung nicht geführt hat, sobald nur das durch das betreffende Geschäft erlangte Äquivalent später im Konkurse sich nicht mehr vorfindet und dieser Umstand durch die fraus des Schuldners herbeigeführt ist. Die Benachteiligungsabsicht wird sich bei einer solchen Veräufserung zu vollem Werte nicht gut anders denken lassen, als dafs der Schuldner schon bei der Veräufserung den Plan hatte, das Äquivalent den Gläubigern zu entfremden. „Es genügt," so sagt Sarwey (Konkursordnung S. 144 A. 4) treffend (für das heutige

Recht, das in diesem Punkte keine Änderung erfahren hat), „dafs ohne die Rechtshandlungen die Benachteiligung der Gläubiger nicht möglich gewesen wäre, auch wenn der wirkliche Nachteil durch weitere Handlungen zugefügt ist. Doch müssen diese bei der Vornahme der Handlung von dem Gemeinschuldner mitgewollt und dies mufs dem anderen Teile bekannt gewesen sein."

Die Mehrzahl der Theoretiker[1]) wie der gemeinrechtlichen Entscheidungen[2]) ist hierin mit uns einig. So lesen wir vornehmlich in einem Urteil des Ober-Appelations-Gerichts zu Kiel (Seuffert Bd. 12 No. 113):

> „Der Umstand, dafs zum vollen Werte verkauft ist, steht der Begründung der actio Pauliana nicht entgegen, indem diese zwar voraussetzt, dafs die fraus Erfolg gehabt hat, der Eintritt eines solchen Erfolges aber in den Gesetzen und namentlich in dem nur den allerdings gewöhnlichen Fall eines betrüglichen Verkaufs unterm Werte supponierenden fr. 7. D. h. t. nicht davon bedingt ist, dafs das fraudulose Geschäft gerade in dem Augenblick, wo es eingegangen, eine Verminderung des schuldnerischen Vermögens verursacht hat, vielmehr genügt es, wenn der Schuldner den vollen Wert erhalten hat, zur Zeit der Konkurseröffnung aber das Äquivalent nicht mehr in der Masse vorgefunden wird, sofern nur das Fehlen in der fraus seinen Grund hat."

Vollends unhaltbar erscheint uns die Meinung Hasenbalgs S. 7 flg., der Begriff der alienatio werde dadurch aufgehoben, dafs der Schuldner nachher irgend einen Erwerb mache, welcher die Verminderung wieder ausgleiche[3]).

Als selbstverständlich endlich braucht kaum erwähnt zu werden, dafs die actio Pauliana eine wirklich vorgenommene alienatio (in dem entwickelten allgemeinen Wortsinne) voraussetzt. Ein sog. simuliertes Geschäft kann, da von Anfang an nichtig[4]), nicht angefochten werden. Unlogisch ist es daher, wenn die

---

[1]) Z. B. Franke S. 127, Schey S. 137, Windscheid § 463 A 8[a], Fischer S. 20, Grützmann S. 16 u. a. Dagegen verlangen eigentliche Vermögensminderung Baron § 235, Hasenbalg S. 20 vergl. mit Eck Litt.-Ztg. S. 588, Schönemann S. 21, Huschke XIV, S. 31.

[2]) Z. B. Seuffert 12 No. 113, 21 No. 184, 33 No. 356, 38 No. 123.

[3]) Unserer Meinung auch Hasenbalgs Rezensent Eck S. 588.

[4]) Dernburg Pand. I § 100, Baron § 50, Bekker § 98.

preufsische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 103 und das preufsische Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855 § 7 nicht nur die beiderseits fraudulosen, sondern auch die zum Schein vorgenommenen Rechtshandlungen für anfechtbar erklären.

2. Der Schuldner mufs sodann bei Vollziehung der in Frage stehenden Handlung den animus fraudandorum creditorum gehabt haben, oder, wie die Quellen sagen, die Handlung mufs geschehen sein fraudandi causa.

Man ist hierbei uneins, ob dieser animus identisch ist mit dolus, mit dem bewufsten Wollen einer rechtswidrigen Benachteiligung der Gläubiger, oder ob die Verkürzung als Motiv, Zweck, erste Absicht des Handelns gemeint ist, mit anderen Worten, ob es genüge, dafs der Schuldner bei der zu irgend einem Zweck vorgenommenen Handlung sich bewufst wird, dafs diese für die Gläubiger nachteilig werden würde, oder ob der Gedanke zu übervorteilen die Veranlassung zur Handlung gewesen sein muss.

An sich ist beides möglich, denn fraus, fraudare hat, wie allgemein zugegeben wird, und man auch aus Brissonius s. v. fraus ersieht, sowohl die objektive Bedeutung von Nachteil, Benachteiligung (damnum alteri illatum, a. a. O. No. 4), als auch die subjektive von Hinterlist, Betrug (calliditas et fallacia, a. a. O. No. 1). Die Worte fraudationis causa könnte man demnach sowohl übersetzen: mit der Überzeugung, dafs die Gläubiger infolge der Handlung objektiven Schaden erleiden werden, — als auch: mit der Absicht, dafs die Gläubiger durch die Handlung hinterlistig übervorteilt werden. Aus dem Worte causa könnte man einen Schlufs auf die Richtigkeit der zweiten Übersetzung ziehen, denn causa ist Anlafs, Beweggrund, nach Brissonius s. v. causa No. 8 quod nos impulit, causa impulsiva; auch der präpositionelle Ablativ hat im ganzen die Bedeutung gewahrt. Trotzdem aber können wir uns mit der Ansicht nicht befreunden. Denn der Thatbestand der actio Pauliana ist deliktischer Natur, und es giebt kein Delikt, welches nur dann ein Delikt wäre, wenn das Thun der verbotenen Handlung Hauptabsicht ist. Wenn das Recht etwas für unerlaubt erklärt, so kann es dies nicht nur für den Fall thun, dafs keine anderen Nebenabsichten vorhanden sind, sondern das Recht mufs absolut verbieten. Es würde auch nie ein solcher animus fraudandi beweisbar sein, denn stets würde der Schuldner einwenden können, die Absicht,

den Dritten zu bereichern, sei die eigentliche Triebfeder seiner Handlung gewesen. Zudem dürfen wir unsere Ansicht in der l. 17 § 1 D. h. t. ausgedrückt finden. Dort wird bestimmt gesagt, consilium, der Plan, sei nicht nötig, sondern es genüge auch scientia, das Bewufstsein. Ja die Kürze des Ausdrucks „creditores habere se scit" könnte glauben machen, es sei gar nicht Bewufstsein einer etwaigen Benachteiligung, sondern nur das von Schulden nötig. Das wäre unrichtig. Die Worte wollen vielmehr bedeuten, der Veräufserer müsse wissen, dafs er Gläubiger hat, welche er durch die Veräufserung benachteiligen würde. Eine ganz gleiche Meinungsverschiedenheit läfst sich übrigens auch im heutigen Strafrecht wiederfinden, z. B. beim Thatbestand der Beleidigung. Hier ist ebenfalls durch die herrschende Meinung und das Reichsgericht dahin entschieden, dafs der animus iniuriandi nur ein Wissen und Wollen, nicht aber die Hauptabsicht der Beleidigung bedeute [1]).

So ergreifen denn auch die meisten Neueren Partei dafür, dafs es für die fraudatio des Schuldners genüge, wenn er von der benachteiligenden Eigenschaft seiner Handlung wisse und trotzdem so handele, wenn er, mit einem Worte, dolos sei, denn das bewufste Wollen des bewufst rechtswidrigen ist eben dolus [2]). Insbesondere hat auch die höchstinstanzliche Praxis unsere Meinung geteilt [3]).

Die nur vereinzelt geltend gemachte Ansicht, dafs fraudatio schon vorliege, wenn der Schuldner seine Vermögensinsuffizienz kannte, ist schon oben zurückgewiesen worden.

Dem dolus ist culpa lata nicht gleichzusetzen.

3. Sodann mufs der Anfechtungsgegner beim Erwerbe um den animus fraudandi des Schuldners gewufst haben, er mufs conscius fraudis gewesen sein: l. 10 § 2. D. h. t. Das Bewufstsein der Insuffienz des schuldnerischen Vermögens ersetzt also hier auf seiten des Dritterwerbers ebensowenig die

---

[1]) Olshausen S. 755.

[2]) So Windscheid § 463 A. 10, Dernburg Pand. § 145, Dernburg Pfand-R I S. 199, Grützmann S. 35, Cosack S. 77, Hasenbalg S. 41, 71, Reinhard S. 106, Schönemann S. 42, Krische S. 606, Otto S. 97. Anders: Fischer S. 6, Laspeyres S. 52.

[3]) Z. B. Seuffert 5 No. 95, 12 No. 227, 9 No. 356, Düring 3 S. 85; anders Seuffert 3 No. 249.

conscientia fraudis als vorhin auf seiten des Schuldners den animus fraudandi; es wird vielmehr verlangt, dafs Beklagter den dolus des künftigen Kridars gekannt und dennoch zum Abschlufs des Geschäfts die Hand gereicht, sich also mitschuldig gemacht habe. Woher die conscientia stammte, ist gleichgültig, insbesondere kann Beklagter von den Gläubigern selbst gewarnt worden sein: l. 10 § 3 eod.

Eine Ausnahme von diesem dritten Erfordernis wird gemacht, d. h. es wird conscientia fraudis nicht verlangt, wenn der andere Teil ein reines lucrum aus der Handlung des Schuldners zieht, eine Bereicherung erlangt, auf die er kein Recht hat, insbesondere eine Schenkung, ein Vermächtnis, den Erlafs eines Pfandrechts; l. 6 § 11 D. h. t. Hieran schliefsen sich mehrere Streitfragen: Zunächst leugnet Windscheid II § 463 Note 24 überhaupt das Erfordernis der conscientia fraudis auch bei onerosen Geschäften. Für ihn hat der Umstand, dafs der Dritterwerber von der Benachteiligungsabsicht seines Geschäftsgenossen Kenntnis hatte, eine Bedeutung nur für den Umfang der Haftung des Dritterwerbers. Jedoch begründet Windscheid seine sonst von niemandem vertretene Ansicht nicht näher. Unseres Erachtens läfst sich dieselbe schwerlich mit den Worten der l. 5 C. h. t. 7. 75 vereinigen. Allerdings wird aufser beim lukrativen Erwerbe von dem Erfordernis der conscientia noch abgesehen, wenn der Erwerber unmündig oder hausabhängig, sowie wenn der anfechtungsberechtigte Gläubiger der Fiskus ist. Doch sind dies singuläre Bestimmungen, welche den übrigen Privilegien der Unmündigen und des Fiskus an die Seite zu setzen sind. Conscientia fraudis aber nie zu verlangen, wie es Windscheid thut, halten wir für zu weit gegangen und den Quellen nicht entsprechend.

Berechtigter dagegen erscheint uns der Zweifel darüber, ob die Ausnahme nur bei wahren Schenkungen oder bei jedem lukrativen Erwerbe gemacht wird [1]). Wenn auch die Quellen zuweilen nur von der donatio sprechen, so weist doch die allgemeine Ausdrucksweise 'cum lucrum extorqueatur' darauf hin, dafs die Schenkung eben nur als wichtigstes Beispiel angeführt

[1]) Erstere Ansicht vertreten z. B. Otto S. 123, Struckmann S. 304, Sintenis II S. 746, Zürcher S. 31; letztere Dernburg Pand. II § 145 A. 7 u. a.

ist. Auch deuten die Anfangsworte der §§ 11, 12, 13, der l. 6 cit. 'Simili modo', 'Item' an, dafs es sich nicht um eine Art, sondern um einen ganzen Komplex von Rechtsakten handelt [1]). Wir glauben uns also der Ansicht anschliefsen zu sollen, welche jeden lukrativen Erwerb als Grund von der hier besprochenen Ausnahme hinstellt.

Mag man die actio Pauliana gegen den ignorans fraudis nur bei Schenkungen, bei allen lukrativen Geschäften oder sonst noch geben wollen, jedenfalls kann der schuldlose Erwerber nur dasjenige herauszugeben gehalten werden, um was er noch im Augenblick der Klage bereichert ist.

Wir haben es hier mit Ausnahmen zu thun, wie schon mehrfach betont, mit späteren Weiterentwickelungen der Klage, was man am deutlichsten daran ersieht, dafs die in l. 10 pr. D. h. t. wiedergegebenen Worte 'interdum causa cognita et si scientia non sit, in factum actionem permittam' offenbar erst nachträglich dem Hauptsatze des Edikts: 'Quae . . . . . sciente te . . . . . fecit, ea . . . . . restituas,' zugefügt sind. Auch das vorsichtige 'causa cognita' läfst auf das Ungewöhnliche, Exzeptionelle schliefsen [2]). Die Ausdehnung auf den Nichtwisser kann uns demnach in unserer Annahme, dafs die Klage auf dolus, auf Delikt beruhe, nicht schwankend machen. Auch glauben wir nicht, zu der künstlichen Deutung von Schönemann (S. 11) unsere Zuflucht nehmen zu sollen, welcher auch bei ignorantia fraudis des Dritten sich einen dolus konstruiert. Dieser liege darin, dafs Beklagter die sofortige Restitution des Erworbenen unterlassen habe, nachdem er von dem consilium fraudandi des Schuldners Kenntnis erhalten — und dies sei spätestens mit der Klagezustellung geschehen. Danach könnte der optimus pater familias mit einer auf dolus beruhenden Klage überrascht werden, ohne dafs er auch nur die geringste Veranlassung dazu gegeben; denn der dolus würde erst aus der Zeit nach Erhebung der Klage datieren. Sodann ist nach Schönemanns Ansicht gar nicht abzusehen, warum nur gerade beim lukrativen Erwerber ein dolus superveniens angenommen werden solle und nicht bei jedem ignorans; es würde doch auch der entgeltliche Erwerber, wenn

---

[1]) Krische S. 619.

[2]) So auch Laspeyres S. 37, Schey S. 133.

er trotz späterer Kenntnisnahme der fraus das Erworbene nicht sofort zurückgiebt, sich eines dolus schuldig machen, gegen ihn aber wird die actio Pauliana versagt.

4. Schliefslich ist, damit die actio Pauliana begründet sei, der sog. eventus fraudis nötig, d. h. es mufs die Verkürzungsabsicht erreicht worden sein und zwar an demselben Vermögen, an welchem die Veräufserung vorgenommen worden ist, und denselben Gläubigern gegenüber, welche zur Zeit der Veräufserung Gläubiger waren[1]): l. 10 § 1, l. 15 D. h. t. In den weiteren Worten der l. 10 cit. wird jedoch wiederum eine Ausnahme von der sonst streng beobachteten Voraussetzung gemacht. Verbringt der Schuldner Vermögensstücke, um seine Gläubiger zu benachteiligen, nimmt aber später Darlehne auf, um die nämlichen Gläubiger zu befriedigen, so können die neuen Darlehnsgläubiger, obwohl sie zur Zeit der fraudulosen Veräufserung noch nicht Gläubiger waren, gleichwohl die Anfechtungsklage bezüglich jener verbrachten Vermögensstücke anstellen[2]).

Zuweilen wird noch in fünfter Linie verlangt, dafs der Schuldner zur Zeit, als er die fraudulose Handlung beging, schon überschuldet war oder es wenigstens durch die Handlung wurde. Diejenigen, welche dies Verlangen stellen, stützen sich auf l. 10 D. qui et a quibus manumissi 40. 9. Diese Stelle besagt aber weiter nichts, als dafs von einem Insuffizienten oder insuffizient Werdenden angenommen werden könne, er handle in fraudem creditorum. Die Insuffizienz zur Zeit der fraglichen Handlung mag für den Beweis der fraudatio wichtig sein, wird dadurch jedoch noch nicht selbst ein Requisit der Pauliana. Sollte z. B. die Anfechtung in der That ausgeschlossen sein, wenn jemand, der noch völlig suffizient ist, aber in der nächsten Zeit einen grofsen Vermögensverlust, Mifslingen eines grofsen gewagten Geschäfts oder dergleichen, und damit Eintritt der Überschuldung erwartet, fraudulos Veräufserungen vornimmt Verlangt kann unseres Erachtens nur werden, dafs die Veräufserung diejenigen Gläubiger verkürzt, welche der Schuldner hat benachteiligen wollen, dafs also das consilium fraudandi und der eventus fraudis

---

[1]) Windscheid § 463 No. 3.

[2]) Jäkel S. 41, Otto S. 143, Hasenbalg S. 33, Grützmann S. 40 flg.

in ursächlichem Zusammenhang stehen, sollte auch zur Zeit der Veräufserung der Veräufserer noch suffizient sein [1]).

Hauptteil:

Die Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt, Pfandbestellung.

Wenn wir bisher von der actio Pauliana in Hinsicht auf ihre allgemeine Natur ein Bild zu entwerfen versucht haben, so gehen wir jetzt auf die oben als Thema angegebene spezielle Frage ein:

> Gehören zu dem Kreise der mit der actio Pauliana anfechtbaren Rechtshandlungen auch die Zahlung, die Hingabe an Zahlungsstatt und die Pfandbestellung?

Anfechtbar sind, so hatten wir gesehen, alle Veräufserungen, welche der Schuldner in der fraudulosen Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, und welche thatsächlich zu einer Verkürzung der Gläubiger Anlafs gegeben haben, sofern der dritte, dem der Schuldner etwas hat zuwenden wollen, um dessen Benachteiligungsabsicht gewufst hat. Bei der Untersuchung der Frage, ob ein einzelnes genus von Handlungen der Anfechtung unterliege, haben wir also vor allem darauf zu sehen, ob es den obigen Voraussetzungen der paulianischen Klage entsprechen kann.

1. Abschnitt:

Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Zahlung.

Die erste Gruppe von Rechtshandlungen, bei welcher gezweifelt werden könnte und gezweifelt worden ist, ob sie der Anfechtbarkeit mittelst der actio Pauliana unterliege, ist die Zahlung seitens des späteren Gemeinschuldners an einen Gläubiger.

---

[1]) Insuffizienz während der fraglichen Handlung stellen als Requisit der Pauliana auf: Zürcher S. 7, Hasenbalg S. 3, 13, Franke S. 128, Laspeyres S. 40, Sintenis II S. 746; auch O.-A.-G. Cassel in Seuffert 3 No. 248. — Unserer Ansicht sind Reinhart S. 106, Schley S. 132, Hullmann S. 125, Windscheid II S. 737 A. 10a, Otto S. 103; auch Budde S. 135, Seuffert 5 No. 95 (Oldenburg).

Mit dem Worte „Zahlung“ soll in dieser Fragstellung das quellenmäfsige „solutio“ wiedergegeben werden, wenn sich auch beide Ausdrücke im nichtjuristischen Sprachgebrauch keineswegs decken. Solutio bedeutet zunächst omnis liberatio quoquo modo facta, satisfactio qua creditor contentus fuerit[1]). Sodann hat es die speziellere Bedeutung der Erfüllung von Geldschulden. An diese letztere denken wir insbesondere bei dem deutschen Wort Zahlung. Windscheid (§ 342 A. 1) erklärt es daher geradezu für eine „Unart“, die Tilgung einer jeden Obligation durch Erfüllung unter der Bezeichnung Zahlung zu begreifen. Jedoch erkennt er an, dafs es in der heutigen Rechtssprache allgemein geschieht. Auch Dernburg Pand. II § 55 und Sintenis II § 103 A. 9 bedienen sich des Ausdrucks Zahlung für Erfüllung. Eine Einschränkung ist aber doch dahin zu machen, dafs man bei sog. „negativen Obligationen“, d. h. Obligationen auf ein Unterlassen, zwar von Erfüllung, nicht aber von Zahlung reden kann[2]). Ferner bezieht sich die grofse Streitfrage, ob Zahlungen mittels der actio Pauliana anfechtbar sind oder nicht, auch nicht auf alle positiven Obligationen, sondern nur auf die in einem dare erfüllbaren, denn bei den Obligationen auf facere und praestare dürfte das erste Erfordernis der Pauliana, die alienatio, nicht zu denken sein. Ob diese bei den Verpflichtungen auf ein dare möglich, ist eine später zu beantwortende Frage. Hier kommt es nur darauf an, den Begriff der in Rede stehenden Zahlung zu begrenzen. Jedenfalls sind darunter nicht nur Geldzahlungen zu verstehen[3]). Denn wenn auch die zu Grunde liegenden Quellenstellen, wie wir sehen werden, gerade von pecunia debita sprechen, wird doch ebenso häufig der creditor, qui quod sibi debetur, qui suum debitum recepit, genannt. Dies ist nach l. 11 D. de V. S. auf jede Art von Schuld zu beziehen. Dafs man sich dort gerade des Ausdrucks ‘pecunia’ bedient hat, liegt somit daran, dafs Geldschulden die häufigsten und nächstliegenden bei einem Überschuldeten sind. Es ist aber deshalb nicht ein Nachdruck auf das Wort pecunia zu legen, weil eine solche Beschränkung auf eine Geldschuld gar nicht zu verstehen wäre.

[1]) Brissonius S. 1261 s. v. solutio; l. 176 D. de V. S., l. 54 D. de solut. 46. 3.

[2]) Dernburg Pand. II § 23 A. 3.

[3]) Struckmann S. 283, Laspeyres S. 70.

Was kann es z. B. für einen Unterschied in der Frage der Anfechtbarkeit machen, ob jemand, um die übrigen Gläubiger zu benachteiligen, geschuldete Waaren liefert oder ein fälliges Darlehen zurückgiebt?

Im folgenden verstehen wir demnach unter Zahlung jede Erfüllung, soweit sie hier in Betracht kommen kann, also die Tilgung einer Obligation auf dare durch die Leistung des Geschuldeten.

Eine Zahlung kann erfolgen so, dafs der Zahlende einer im Augenblicke fälligen, klagbaren Obliegenheit genügt. Dies wird der gewöhnliche Fall sein. Eine Zahlung ist es aber auch, wenn eine noch befristete oder noch bedingte, also noch nicht fällige Schuld vorzeitig abgetragen, ebenso wie wenn zwar einer fälligen, aber nicht klagbaren Verpflichtung nachgekommen wird. Diese Verschiedenheiten sind gerade in Bezug auf unsere Frage zu wichtig, als dafs man die verschiedenen Zahlungsgeschäfte zusammenfassen und die Tilgung einer Obligation als solche behandeln könnte.

A. Anwendbarkeit der actio Paulinia auf die Zahlung einer klagbaren, fälligen Obligation.

Sehen wir zunächst, was die Quellen über die Anfechtbarkeit der Zahlung auf eine fällige, klagbare Verbindlichkeit — oder wie wir von nun an der Kürze halber sagen wollen, der regelmäfsigen Zahlung — enthalten:

l. 6 § 7 D. h. t. (Ulpianus):

Sciendum Julianum scribere eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit, qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum iam par condicio omnium creditorum facta esset.

l. 10 § 16 eod. (idem):

Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem secum ferentem pecuniam et abstulissem ei id, quod mihi debeatur, placet Juliani sententia dicentis multum interesse, antequam in possessionem bonorum eius

creditores mittantur, hoc factum sit an postea: si ante, cessare in factum actionem, si postea huic locum fore.

Auch l. 24 eod. (Scaevola) von den Worten 'Quid ergo si' an könnte hier angeführt werden, doch wird sie besser im Zusammenhang mit ihren ersten Worten unten (bei Widerlegung der Gratifikationstheorie) besprochen.

Wir lesen es also klar und unzweideutig in unseren Quellen: Zahlungsannahme von seiten eines Gläubigers ist unanfechtbar, wenn sie vor der Konkurseröffnung erfolgt ist.

Keine der heutigen Ansichten wagt dies zu leugnen. Um so mannigfaltiger dagegen sind die Meinungen über die Begründung des Satzes. Auf dieselben müssen wir hier eingehen, weil wir später über die Anfechtbarkeit der anderen Zahlungs- und der Zahlungssurrogat-Geschäfte eine von Quellenstellen zuweilen nicht unterstützte Meinung zu vertreten haben werden.

1. Manche Romanisten vermissen in der Zahlung das erste Erfordernis der actio Pauliana, die alienatio. Zunächst müssen natürlich diejenigen, welche nicht jede Veräufserungshandlung für hinreichend erachten, sondern wahre Vermögensverminderung, deminutio patrimonii, verlangen, wegen des Mangels dieser die Zahlung für unanfechtbar halten, denn der Zahlende verliert ein ebenso grofses Passivum als Aktivum. Diesen Grund machen thatsächlich geltend Zürcher Seite 8, Brinz II § 345 bei Note 3, Huschke XIV Seite 32.

Wir dagegen, die wir auf die deminutio patrimonii, wie oben gezeigt, kein Gewicht legen, sondern nur einen Veräufserungsakt erfordern, können diesen Grund der Unanfechtbarkeit nicht anerkennen.

Liegt denn aber wenigstens eine alienatio so, wie wir sie verlangen, in der Tilgung fälliger Schulden? Für die Bejahung der Frage können wir zwei Beweise anführen. Zunächst die Analogie mit den Rechtsverhältnissen des Unmündigen. Dieser kann (ohne auctoritas tutoris) sich nicht verpflichten und nichts veräufsern, der Überschuldete soll es nicht (wenigstens nicht fraudulos), dort zum Schutze des jugendlichen Kontrahenten selbst, hier zum Schutze der Gläubiger. Erwerben ist aber ihnen beiden gestattet. Wie steht es nun mit einer Zahlung des impubes? Nach l. 29 D. de cond. indeb. 12. 6 und § 2 i. f. J. quibus alienare lic. 2. 8 können impuberes sine auctoritate tutoris nicht

wirksam zahlen. Da die Zahlung nun gewifs nicht ein Verpflichtungsakt ist, kann sie nur eine Veräufserung sein. Sodann aber belehren uns l. 6 § 7 und l. 10 § 16 cit., dafs eine nach der missio in bona erfolgte Zahlung mit der Pauliana actio — nach Digestenrecht — anfechtbar ist, was unverständlich wäre, wenn die Zahlung dieses erste Erfordernis der Anfechtung, eine Veräufserung, nicht enthielte[1]).

Die herrschende Meinung ist auch mit uns darin einig, dafs in einer mangelnden alienatio der Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlungen nicht zu finden sei: Schey S. 137, Struckmann S. 278, Laspeyres S. 56, Grützmann S. 15, Otto S. 29, 66.

2. Eine zweite Gruppe von Rechtslehrern will deshalb die regelmäfsige Zahlung unbeanstandet lassen, weil der Zahlende nicht das nötige consilium fraudandorum creditorum haben könne. Es gehören hierher Fischer, Windscheid, Dernburg, Grützmann.

Fischer, Seite 26 schlufsfolgert so: Das römische Konkursverfahren bezog sich nicht von vorn herein auf alle Gläubiger, nicht von einer Gläubigerschaft und der Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten war die Rede, sondern von einer Einweisung nur derjenigen Gläubiger, welche darum baten. Die Frage, welche sich also das römische Recht vorlegen mufste, lautete nicht wie heute: Ist es billig, auch schon vor dem Konkurse das Interesse aller zwecks gleichmäfsiger Befriedigung gegen das Sonderinteresse des Einzelnen zu schützen? — sondern sie lautete: Ist es billig, dafs einem Gläubiger, der annahm, was ihm zukam, dies wieder entrissen wird zu Gunsten anderer, welche nach ihm ein prätorisches Pfandrecht am Vermögen des Schuldners erhielten? Die Antwort konnte, so meint Fischer, unter solchen Umständen nur verneinend ausfallen. Also weil nach der Auffassung des römischen Rechts die Zahlung einer rechtsgiltigen fälligen Schuld eine unbillige Verkürzung der übrigen nicht enthielt, ist die Zahlung unangreifbar.

Die Ausführung kann, wie Grützmann Seite 51 richtig darlegt, deshalb nicht überzeugend wirken, weil der endgiltige Grund: nach Auffassung des römischen Rechts enthalte Bezahlung fälliger Schulden nicht eine unbillige Verkürzung — zu allgemein

[1]) Dafs die Beweisführung nicht überflüssig, ergiebt das preufsische Recht, das in der Zahlung keine Veräufserung findet: § 170 A.L.R. I 16. A. M.: Rocholl S. 13 a. E.

und unbestimmt ist, um als eine ratio legis gelten zu können. Vor allem aber treten die Konsequenzen, welche Fischer zu ziehen genötigt ist, die Unanfechtbarkeit der Hingabe an Zahlungsstatt und der Verpfändung, wie wir sehen werden, mit den Quellen in Widerspruch und zeigen damit, dafs der erste Satz verfehlt ist.

Windscheid Seite 743, § 463 A. 32, 33 und Dernburg Pand. II S. 369, Pfandr. I S. 197 deuten ihre Ansichten mehr an, als dafs sie dieselben ausführlich begründeten. Beide zeigen aber, dafs sie auf den mangelnden dolus des Schuldners Wert legen, und sind deshalb hier zu nennen.

Grützmann Seite 53 dagegen begründet das Fehlen der fraus beim Schuldner genauer und zwar so, dafs es einer ausführlicheren Widerlegung bedarf. Grützmann geht von der Bemerkung aus, welche auch uns richtig scheint, dafs das paulianische Edikt nicht ein Verbot enthalte, vielmehr gewisse Handlungen, die bereits vorher rechtswidrig waren, für anfechtbar erkläre. Es ergiebt sich dies aus den Worten des Edikts selbst:

l. 1 pr. D. h. t.: Quae fraudationis causa gesta erunt . . .

l. 10 pr. D. h. t.: Quae . . . fraudandi causa . . . fecit . . .

Diese schon vor dem Erlasse unseres Edikts bestandene Rechtswidrigkeit von Handlungen, die ein Überschuldeter zum Nachteil seiner Gläubiger vornimmt, leitet Grützmann aus dem Obligationsvertrage zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger her: „Der Rechtssatz, nach dem sich die Rechtswidrigkeit des schuldnerischen Benachteiligungswillens beurteilt, ist der einfache Satz des Privatrechts, dafs man seine Schulden bezahlen, also für deren Bezahlung sorgen mufs, dieselbe nicht hintertreiben darf. Eine Verletzung dieses Grundsatzes kann natürlich in der Bezahlung eines Gläubigers zum Nachteil der anderen nicht liegen“[1]).

Bei der ersten Betrachtung scheint allerdings eine Verletzung der Pflicht zu zahlen bezw. für Zahlung zu sorgen in einer Zahlung nicht liegen zu können. Bald erkennt man jedoch, dafs dies sehr wohl möglich, da der die Zahlung Empfangende ein anderer ist als der, gegen welchen die erst genannte Pflicht zu zahlen bezw. für Zahlung zu sorgen geht. Jemand, der zweien in verschiedenen Verträgen eine individuelle Sache verkauft hat,

[1]) Worte Grützmanns, Seite 54.

verletzt durch Lieferung an den einen seine Pflicht, dem andern zu liefern, und keineswegs wird die Rechtswidrigkeit gegenüber dem einen durch die Pflichterfüllung gegenüber dem andern aufgehoben. Übertragen wir dies auf unsern Fall. Der Schuldner des A, B und C ist, wenn die Forderung des A fällig ist, die des B und des C nicht fällig sind, dem A verpflichtet diesem zu zahlen, dem B und dem C verpflichtet, dem A nicht zu zahlen. Zahlt der Schuldner an A unter den für die actio Pauliana nötigen Voraussetzungen, so wird immerhin die Pflicht gegen B und C, sich solvent zu erhalten, verletzt. Die Rechtswidrigkeit, die Grundlage der Anfechtbarkeit, würde also vorhanden sein. Grützmann geht demnach von dem falschen Satze aus, dafs eine Pflichterfüllung nie eine Pflichtverletzung enthalten könne, auch dann nicht, wenn die beiden Pflichten gegen verschiedene Personen bestehe.

3. Eine dritte Ansicht endlich, welcher auch wir uns anschliefsen, findet den Grund der Unanfechtbarkeit von regelmäfsigen Zahlungen in dem Mangel des in der conscientia fraudis liegenden dolus des Gläubigers.

Die Hauptgrundlage dieser Ansicht sind die Quellen, der Hauptvertreter ist Vangerow. In den Digesten lesen wir über unsere Frage:

l. 6 § 6 D. h. t. (Ulpianus): . . . nullam videri fraudem facere eum qui suum recipiat.

l. 6 § 7 eod.: sibi enim vigilavit (sc. qui debitam pecuniam recepit ante bona possessa).

l. 24 eod. (Scaevola): sed vigilavi . . . ius civile vigilantibus scriptum est.

l. 129 D. de R. J. (Paulus): nihil dolo creditor facit, qui suum recipit.

Vangerow, Bd. III, § 697 I 1 führt treffend aus:

„Der Gläubiger, der dasjenige annimmt, was er von Rechtswegen zu fordern hat, macht sich durch diese Annahme nie eines dolus schuldig, obschon er weifs, dafs der Schuldner insolvent ist und es ihm auch wohlbekannt ist, dafs er nach ausgebrochenem Konkurs nichts oder doch nicht das ganze erhalten würde und dafs also die übrigen Gläubiger infolge seiner jetzigen Befriedigung eine Einbufse erleiden müssen. Denn verständiger Weise kann niemandem zuge-

mutet werden, sich freiwillig einem Verluste zu unterziehen oder auf die Ausübung eines wohlbegründeten Rechts zu verzichten, blofs um andere vor einem Verluste zu schützen."

In dem Satze: ein Gläubiger thut deshalb durch Annahme einer Zahlung nicht eine Widerrechtlichkeit, weil er ein Recht auf die Zahlung hat — haben einige, z. B. Grützmann Seite 49 und Otto Seite 66, einen Gedankenfehler, eine petitio principii, erblicken wollen. Der Umstand, dafs das Recht jemanden bisher eine ausdrückliche Befugnis erteilt habe, schliefse doch nicht aus, dafs es jetzt die Befugnis zurückziehe und die Handlung verbiete. Dem Einwande steht der auch von uns oben als richtig anerkannte Satz Grützmanns entgegen, dafs das paulianische Edikt nicht ein Verbot enthalte, sondern eine Begründung der Anfechtung einer schon vor Erlafs des Edikts rechtswidrigen Handlung.

Also alles dasjenige, was ein bonus pater familias auch schon vorher nicht gethan hätte, fällt unter das Edikt. Dazu gehört aber die Annahme von Zahlungen nicht, denn vor einer Konkurseröffnung, welche das Verhältnis zwischen den Gläubigern und dem Schuldner völlig änderte, war es, wie Vangerow sagt, niemandem zuzumuten, auf die Ausübung eines wohlbegründeten Rechts zu verzichten, nur um andere vor einem Schaden zu bewahren. Mit anderen Worten: überall da, wo der Gläubiger ein wohlbegründetes Recht auf die ihm gemachte Leistung hatte, wo der Schuldner ihm zu dieser Leistung rechtlich verpflichtet war, da cessiert die Pauliana.

Der Meinung Vangerows folgen ferner Sintenis Bd. II § 124 A. 26 Z. 5, Schönemann S. 22, Mankiewicz S. 48, Krische S. 648, Dernburg Prfs. Priv. R. Bd. II S. 289, Friedländer S. 35.

Aus der Praxis gehört hierher eine Entscheidung des Reichs-Ober-Handels-Gerichts aus dem Jahre 1874 in Seuffert Bd. 31 No. 89 und ROHGE. Bd. 15 No. 20:

„Die solutio ist, obgleich Veräufserung, Vermögensverminderung, aus dem Grunde nicht anfechtbar, weil bei ihr ein weiteres Erfordernis der actio Pauliana, dolus des Erwerbers fehlt. Denn der Empfänger erhält eben nur das, was ihm rechtlich gebührt."

Sodann ein Urteil des Appellations-Gerichts Celle aus derselben Zeit in Seuffert Bd. 30 No. 203:

„Es ist unbedenklich anzunehmen, dafs wirkliche Zahlungen, worauf dem Gläubiger dem insolventen Schuldner gegenüber an und für sich ein gesetzlicher Anspruch zusteht, mit der actio Pauliana nicht angefochten werden können."

Fast auf dem gleichen Standpunkt steht Franke. Er entwickelt zunächst die nämlichen Gründe, welche auch wir als die unsrigen anerkannten, wird dann aber durch das Mifsverständnis einer Gesetzesstelle auf einen Satz geführt, welchem wir nicht beistimmen, und welcher uns späterhin mit Franke in Meinungsverschiedenheiten bringen wird.

„Könnte man," so sagt Franke S. 139 flg., „von dem Gläubiger die heroische Enthaltsamkeit verlangen, dafs er das ihm vom Schuldner Gebotene zurückweise? Könnte man ihn, der nur annimmt, was er nach allem Recht zu fordern hat, überhaupt einer Widerrechtlichkeit zeihen?"

Dann fährt Franke aber fort:

„Auf freie Handlungen hielt Labeo das Edikt für anwendbar .... nicht aber auf Zahlungen, weil auf diese der Empfänger ein Zwangsrecht hat (praeses invitum solvere cogit). Wer aber ein erzwingbares Recht zu eigenem Besten ausübt, ist wegen der Folgen nicht verantwortlich."

Die Stelle, welche für diese Theorie des Zwangsrechts grundlegend sein soll, ist l. 6 § 6 D. h. t.:

Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur receperat. Eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse.

Hier ist zu erwidern, dafs diese Worte, auf welche Franke seine Lehre der Freiwilligkeit und Erzwingbarkeit gründet, nicht von den Zahlungen des Schuldners an einen Gläubiger handeln, sondern von Zahlungen eines Drittschuldners an den Schuldner. Betrachten wir nämlich die Stelle in ihrem Zusammenhange, so sehen wir, dafs im Vorhergehenden stets Handlungen aufgeführt werden, welche der Schuldner vornimmt. Jedesmal wird die Frage aufgeworfen, ob die Handlung anfechtbar ist oder nicht. Dann fährt Ulpian fort: Apud Labeonem scriptum est eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere. Sollte nun plötzlich der Gläubiger der Handelnde sein? Pafst nicht auch fraudem

facere viel besser auf den Schuldner als auf den Gläubiger, der nur fraudis conscius zu sein braucht? Es kommt hinzu, dafs im nächsten Paragraphen Ulpian von der Zahlung an einen Gläubiger mit klaren Worten spricht und zwar anders entscheidet, als es Franke von dem § 6 cit. annimmt, indem er einen Unterschied zwischen der Zahlung vor und der nach der missio in bona macht. Nach Frankes Auffassung würde sich also nicht nur ein durch nichts angedeuteter Subjektswechsel gegen die bisherigen Paragraphen finden, nicht nur wäre das fraudem facere, auf einen conscius bezogen, sehr ungewöhnlich, sondern der Jurist würde auch in zwei unmittelbar aufeinanderfolgenden Sätzen, dieselbe Frage zweimal und zwar das eine Mal nicht so wie das andere Mal entscheiden. Richtiger ist es daher mit der heutigen herrschenden Meinung § 6 cit. auf eine Zahlung an den künftigen Kridar zu beziehen[1]).

Eine solche Zahlung ist auch anfechtbar, so besagt die Stelle. Diese Entscheidung ist keineswegs so selbstverständlich und überflüssig, als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Denn der Schuldner kann sehr wohl auch bei der Annahme einer Zahlung in fraudem creditorum handeln, z. B. wenn er die Forderung eintreibt, um das Geld seinerseits zu verschenken, zu verschwenden oder damit flüchtig zu werden. Die Gläubiger befänden sich also in besserer Lage, wenn noch nicht an den Schuldner gezahlt wäre, denn dann hätten sie ein nomen, das ihnen mehr wert ist als das schon halb oder ganz entzogene Geld. So erklärt denn auch das englische Recht eine solche Zahlung an den künftigen Kridar, wenn sie absichtlich zum Schaden der Gläubiger vorgenommen wird, für anfechtbar (bankr. act. von 1869 s. 94 No. 1 und 2)[2]). Nicht so das römische Recht: der Drittschuldner, der gezahlt hat, könnte mit Fug einer Anfechtung entgegenhalten, er hätte ja zum Zahlen gezwungen werden können, also sei ihm doch nicht ein Vorwurf aus einer Handlung zu machen, bei welcher er nicht freie Hand gehabt habe. Hier also hat das Zwangsrecht einen guten Sinn, denn der Anfechtungsanspruch würde sich gegen jemanden richten, welcher gezwungen werde, nicht gegen jemanden, der zwingen konnte. Für ein Zwingen darf man ver-

[1]) So auch Laspeyres S. 58, Vangerow III § 697 III 2, Zürcher S. 21, Fischer S. 10, Struckmann S. 283. A. M.: Otto S. 59.

[2]) Nach Hahn, Materialien zur Konkurs-Ordnung S. 130.

antwortlich gemacht werden, nicht aber für ein Gezwungenwerden. Ob das Recht demnach erzwingbar oder nicht, kann in unserer Frage keinen Unterschied machen. Auf die Berechtigung des Gläubigers und die Verpflichtung des Schuldners ist zu sehen. Stehen sich diese einander gegenüber, so kann die Erfüllung nicht widerrechtlich und damit nicht anfechtbar sein.

Der Lehre Frankes in dem vorliegenden Punkte hat sich aus der Praxis ein Urteil des Appellations-Gerichts zu Celle aus dem Jahre 1870, in Seuffert Bd. 25 No. 94 und Düring Bd. 3 S. 79 abgedruckt, angeschlossen:

> „Der für die Ausschliefsung der actio Pauliana bei Zahlungen sprechende Grund ist, dafs hier der Gläubiger nur das erhält, worauf er ein erzwingbares Recht hat."

Den von Vangerow angegebenen und von uns acceptierten Grund der Unanfechtbarkeit von Zahlungen erkennt auch Otto (Seite 68) als richtig an. Jedoch enfernt sich dieser Schriftsteller von unserer Meinung darin sehr wesentlich, dafs er nicht die materielle Voraussetzung der conscientia fraudis vermifst und deshalb die Unangreifbarkeit der Zahlung nicht „aus der allgemeinen Theorie der actio Pauliana"[1]) folgert, sondern „eine Ausnahme von der ediktmäfsigen Regel der Anfechtbarkeit aller fraudulosen Akte" erkennt. Er stellt sich auf den rein positivrechtlichen Standpunkt zu sagen: der Prätor, welchem das ganze Anfechtungsrecht seine Entstehung verdankt, war naturgemäfs vollständig ungebunden darin, eine Ausnahme, aus was für Gründen es auch sei, zu statuieren. Es schien ihm der aequitas entsprechend, und er that es. Aber damit kommen wir dem Ziele nicht näher. Denn wie schon oben bemerkt, müssen wir uns über den legislatorischen Grund der Unanfechtbarkeit der Zahlung deshalb klar werden, um eine Grundlage für die Entscheidung der weiteren Fragen zu gewinnen, ob die anderen Zahlungs- und die zahlungsähnlichen Geschäfte auch unanfechtbar sind oder nicht. Hier werden wir zuweilen von Quellenaussprüchen ganz im Stich gelassen. Wenn nun Otto in einem solchen Falle das Geschäft deshalb unter die allgemeine Regel der actio Pauliana bringen will (Seite 79), weil keine ausdrückliche Ausnahme gemacht ist, so widerlegt sich dieser Grund, wenn man erwägt, dafs unser

[1]) Wie Vangerow III § 697 I 2.

Quellenschatz keine systematisch-vollständige Kodifikation darstellt. Es ist aber noch eine gewichtigere Einwendung zu machen. Ulpian sagt in der oben Seite 23 angeführten l. 6 § 7 D. h. t.: 'Sciendum Julianum scribere eoque iure nos uti . . .' Das klingt doch nicht wie eine vom Prätor geschaffene positive Ausnahme, vielmehr wie ein von Theoretikern aus dem Wesen der actio Pauliana entnommener und dann in die Praxis gedrungener Lehrsatz.

Sind wir bisher den Quellen gemäfs von der Anschauung ausgegangen, dafs die Erfüllung rechtsbeständiger fälliger Verbindlichkeiten schlechthin nach gemeinem Recht der Anfechtung mit der Pauliana actio entzogen ist, so kommen wir jetzt dazu, der wenigen Vertreter von gegenteiligen Ansichten zu gedenken.

Lange Zeit hindurch, schon von den Tagen der Glossatoren an[1]), war die herrschende Meinung eine der jetzt allgemein anerkannten entgegengesetzte. Sie geht von dem Satze aus: Als schenkungsartige Veräufserung, d. h. auch dem ignorans fraudis gegenüber als anfechtbar gilt jede Zahlung, welche der Schuldner einem anderen als dem zumeist drängenden Gläubiger macht. Denn dadurch begeht er eine rechtswidrige Begünstigung (gratificatio) eines zum Schaden der übrigen. Im einzelnen ergeben sich danach folgende Fälle:

1. Wird der Schuldner von keinem Gläubiger gemahnt, so kann er ungemahnt irgend einen bezahlen.

2. Mahnt ihn einer, so mufs der Schuldner diesen vor den übrigen befriedigen.

3. Wird der Schuldner von mehreren gemahnt, so mufs er sie nach der Stärke und Zahl ihrer Mahnungen befriedigen oder, wie es technisch hiefs, nach dem Grade ihrer Wachsamkeit.

Die Quellenstellen, auf Grund deren sich diese sog. Gratifikationstheorie gebildet hat, sind l. 6 §§ 1, 2 D. de rebus auctoritate 42. 5, l. 24 D. h. t. (bis zu den Worten 'expensum ferre debeant'), l. 96 pr. D. de solut. 46. 3.

Den ersten beiden Fragmenten liegt folgender Fall zu Grunde: Ein Vater hinterläfst einen unmündigen Sohn als Erben. Einem solchen suus fällt bekanntlich der Nachlafs ipso iure zu. Jedoch kann das Kind sich nachträglich wieder von der Erbschaft da-

[1]) Zürcher Seite 14.

durch losmachen, dafs es von dem prätorischen beneficium abstinendi Gebrauch macht, und zwar auch, wenn es sich schon als Erbe geriert hatte. Eine Folge davon war, dafs der Prätor fingierte, der suus wäre nie Erbe geworden; die etwaigen Rechtshandlungen desselben mufsten alsdann null und nichtig sein. Aber aus Zweckmäfsigkeitsgründen wurden die bona fide, d. h. ohne Bewufstsein der späteren Abstinenz, vorgenommenen Akte aufrecht erhalten. Von einem solchen nachträglichen Aufgeben der Erbschaften ist auch in unserem Falle die Rede: Der Sohn, oder vielmehr sein Vormund hat einem der Gläubiger die väterliche Schuld bezahlt, den anderen nicht, darauf abstiniert er, weil sich die Überschuldung der Masse herausstellt; über den Nachlafs wird Konkurs eröffnet. Die Frage wird nun aufgeworfen, ob die Konkursgläubiger die Zahlung an den einen Mitgläubiger rückgängig machen können oder nicht. Es wird darauf in beiden Fragmenten übereinstimmend geantwortet: Wenn der tutor den einen Gläubiger per gratificationem befriedigt habe, so sei die Zahlung zu revozieren, sonst nicht. Könnte die Revokation in der That nur vermittelst der actio Pauliana geschehen, so würde die Entscheidung allerdings eine ausreichende Grundlage einer Gratifikationstheorie bilden können. Wie aber Franke (Seite 251 flg.) zuerst gezeigt hat, und wie heute allgemein angenommen wird, beruht jene Revokation nicht auf den Grundsätzen der actio Pauliana, sondern auf denen der Erbschaftsabstinenz. Die Unterscheidung von gratifizierender und nicht gratifizierender Zahlung ist demnach nur eine Anwendung des Begriffs mala und bona fides auf Zahlungen: Böswillig war der Pupill bezw. der Tutor, wie wir oben bemerkten, wenn er den Plan der Abstinenz schon hatte. Diesen hatte er natürlich erst, wenn die Überschuldung klar war. War dies aber der Fall, d. h. merkte der Erbe, dafs nicht alle Gläubiger würden voll befriedigt werden können, und er zahlte doch einem unter ihnen die ganze Schuld ab, so war das eben gratificatio, Bevorzugung. Es wird Gratifikation und Bewufstsein demnächstiger Aufgabe der Erbschaft stets zusammenfallen.

Der Zahlungsakt wird also rückgängig gemacht nicht auf Grund der actio Pauliana, sondern auf Grund der Abstinenz, welche alle mala fide vom Erben vorgenommenen Handlungen vernichtet.

Einen gleichen Fall, bei welchem es deutlich hervortritt, dafs von der actio Pauliana nicht die Rede ist, behandelt l. 61 D. de cond. indeb. 12. 6. Auch hier hat der Vormund eines suus heres einige Schulden bezahlt und dann abstiniert. Die Entscheidung geht dahin: Vorausgesetzt, dafs kein dolus vorliegt, ist die Zahlung unanfechtbar, soweit nicht aus Versehen mehr als geschuldet bezahlt wurde. Sonst mufs das Mehr herausgegeben werden.

Laspeyres (Seite 80 flg.), welcher noch nach Franke die Gratifikationstheorie in gemilderter Form verteidigt hat, wendet hier ein, auch wenn jene beiden Stellen nicht unmittelbar von der paulianischen Anfechtung redeten, so könne man sie beide doch für einen analogen Schlufs verwenden: der suus heres, der abstiniert habe, verliere nicht seine Erbesqualität, sondern nur seine Dispositionsbefugnis über die Erbschaft, er bleibe stricto iure Erbe nach dem Satze: Semel heres semper heres, er werde vom Prätor nur so behandelt, als wenn er nicht Erbe wäre. Ganz ebenso gestalte sich auch das Verhältnis des Kridars; durch die Immission der Gläubiger verliere er alle Verfügungsgewalt über sein Vermögen, er sei allerdings noch Eigentümer desselben, werde aber durch den Prätor von der Verwaltung ausgeschlossen.

Abgesehen davon, dafs eine solche Analogie eine recht unsichere Grundlage für eine bedeutungsvolle Theorie ist, wird die entsprechende Anwendung aufser von den obigen Fragmenten, auf welche die heutige Unanfechtbarkeitslehre sich gründet, noch insbesondere widerlegt durch die Worte, mit welchen Scaevola in l. 24 cit. fortfährt. Hier wird von der actio Pauliana gesprochen, hier lautet aber auch die Entscheidung ganz anders: Eine Zahlung vor Eröffnung des Konkurses ist der Anfechtung entzogen nicht nur, wie man denken dürfte, wenn der Schuldner das Geld freiwillig anbietet, sondern auch wenn er erst gemahnt und gedrängt worden ist, oder m. a. W. nicht nur, wenn der Gläubiger vielleicht nichts von den schlechten Vermögensverhältnissen und folglich dem consilium fraudandi weifs, sondern auch wenn er mit beiden wohlbekannt ist. Dafs man an der Unanfechtbarkeit der Zahlungen, wenn sie angeboten werden, zweifeln könnte, kommt den Juristen nicht in den Sinn. Trotzdem bestreiten die Anhänger der Gratifikationstheorie die Unanfecht-

barkeit gerade dieser Zahlungen und berufen sich auf die Worte, welche den eben besprochenen unmittelbar vorhergehen.

Wohl besonders dadurch, dafs die paulianische und die auf die Abstinenz eines suus heres sich gründende Anfechtung in l. 24 cit. unvermittelt neben einander gestellt sind, ist man verleitet worden, dieselben nicht von einander zu trennen. Auffallend ist es allerdings, Fragen aus solch verschiedenen Gebieten an einander gereiht zu sehen, erklärlich aber, wenn man die Überschrift des Fragments 'libro singulari quaestionum publice tractatarum' beachtet. Ist es nicht sehr naheliegend anzunehmen, Scaevola habe bei seinen im Schülerkreise veranstalteten Diskussionen gerade verschieden geartete, aber ähnlich lautende Fälle vorgelegt? Dafs die Worte, welche wir auf eine Revokation wegen Abstinenz beziehen, in den Titel 'Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur' aufgenommen sind, macht uns nicht schwankend, da sich auch sonst häufig leges fugitivae finden.

Der dritten Stelle, l. 96 cit., welche nach Laspeyres (Seite 96) „vor allem entscheidend ist für die Revokabilität der Zahlungen," liegt folgender Thatbestand zu Grunde[1]): Ein Vormund weist einen Schuldner seines Mündels an, statt an das Mündel an seinen, des Vormunds, Gläubiger Zahlung zu leisten. Der Vormund wird dadurch des Mündels Schuldner. Ist er insolvent, und lag ein betrügliches Einvernehmen zwischen ihm und dem Schuldner des Mündels vor, so wird dieser Schuldner nicht frei, das Mündel kann vielmehr den Gläubiger des tutor auf Restitution der Zahlung belangen. Jedoch hat dieser Fall das Besondere, dafs der Gläubiger als Befriedigung nicht Geld des fraudator erhalten hat, sondern Geld des Mündels des fraudator. Wegen dieser Eigentümlichkeit ist die Stelle nicht geeignet, einen Schlufs zu gestatten, dafs die Zahlung auch revokabel sein würde, wenn sie aus dem Vermögen des Schuldners selbst erfolgt sei.

Wir kommen somit zu dem Ende, dafs die Gratifikationstheorie eine durchaus unhaltbare ist.

Auch Laspeyres' Versuchen, sie in einer gemilderten Form zu retten, kann nicht zugestimmt werden.

---

[1]) So Vangerow III § 697 I 4, Reinhardt S. 117, Fischer S. 14. Dagegen nehmen Huschke S. 84, Schey S. 167 Note 155 und Otto S. 65 einen Konkurs des debitor pupilli an.

Laspeyres wendet sich gegen die Abhandlung Frankes, welche, wie wir sahen, den Grundsatz der unbedingten Unanfechtbarkeit von Zahlungen aussprach und ihn auf das Zwangsrecht gründete, das der Gläubiger auf Befriedigung hat. Die Ausstellungen Laspeyres' gegen das Zwangsrecht sind völlig gerechtfertigt, insbesondere auch die Beweisführung, dafs die Worte 'quem praeses invitum solvere cogat' sich nicht auf den späteren Gemeinschuldner, sondern auf dessen Schuldner beziehen. Dagegen finden wir die Darlegung der positiven Ansicht des Verfassers nicht überzeugend. Er verteidigt die Gratifikationstheorie mit der Einschränkung, dafs der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und dessen Absicht, ihn vor den übrigen zu begünstigen, kennen müsse, damit die Zahlung angreifbar sei. Mit den Gesetzesstellen, welche die Unanwendbarkeit der Pauliana actio auf Zahlungen bezeugen, findet sich Laspeyres dadurch ab, dafs er sagt, sie gäben nur die „Regel" an (Seite 66). Seine Beweise hierfür, besonders die analoge Behandlung der Abstinenz des suus mit dem Thatbestand der Pauliana, sowie die l. 96 pr. D. de solut. 46. 3 sind bei Widerlegung der Gratifikationstheorie beleuchtet worden. Hier bedarf es noch der Erörterung eines Arguments, der l. 25 § 1 D. h. t. Dieser Paragraph bespricht den Fall, dafs ein Schwiegervater seinem Schwiegersohn eine dos bestellt hat, und zwar in fraudem creditorum. Dann wird unterschieden: Kannte der Schwiegersohn die Benachteiligungsabsicht, so ist gegen ihn die actio Pauliana zulässig, —

> in maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem non magis quam in creditorem, qui a fraudatore quod ei deberetur acceperit, cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit.

Hier könnte man allerdings dem maritus schlechthin den creditor an die Seite gestellt sehen, so dafs der conscius maritus mit dem conscius creditor, der ignorans maritus mit dem ignorans creditor verglichen würde. Daraus folgte, dafs nur gegen den ignorans creditor die actio Pauliana versagt werde, gegen den conscius creditor aber gestattet. Jedoch hält uns nichts davon ab, anzunehmen, dafs der ignorans maritus mit dem creditor überhaupt verglichen wird; ja dadurch, dafs beim Worte creditor nicht so wie beim Worte maritus hinzugesetzt ist 'qui ignoraverit' wird diese Auffassung zur wahrscheinlicheren. Also auch dieser

Beleg kann mindestens ebenso gut für unsere als für die Laspeyres'sche Ansicht angeführt werden.

Als theoretische Gegner der hier vertretenen Unanfechtbarkeit regelmäfsiger Zahlungen können aufser Laspeyres noch genannt werden Dabelow Seite 427 flg., Unterholzner Band II Seite 99, Reinhardt Seite 133. Die Gratifikationstheorie ist zwar nie unbestritten gewesen, doch hörte sie erst auf, die herrschende zu sein, als im Jahre 1833 Franke gegen sie vorging. Seitdem ist sie, ausgenommen wenige Jahre später von Laspeyres, von niemanden mehr vertreten worden.

Die Praxis ist beinahe durchgehends den jeweilig herrschenden theoretischen Ansichten gefolgt. Wie in den letzten fünfzig Jahren auch nicht eine Stimme sich für die Anfechtbarkeit der regelmäfsigen Zahlung gefunden hat, so reichen auch die Entscheidungen, welche einer Anfechtungsklage gegenüber regelmäfsigen Zahlungen stattgeben, nicht über die dreifsiger Jahre dieses Jahrhunderts hinaus.

Von älteren Urteilen mögen folgende angeführt werden:

Ein Responsum der Helmstädter Juristen-Fakultät aus dem Jahre 1719 bei Leyser pag. 591 abgedruckt:

„Hat D. (Gläubiger) die Assignation von dem Schuldner erhalten, da der Concurs gegen ihn noch nicht entstanden gewesen und keiner von den übrigen Gläubigern auf die Zahlung gedrungen, so ist solche zu Recht beständig und mag von wegen des nachgehends entstandenen Concurses nicht revociret werden, in Ansehung dafs die Assignation, welche der Schuldner thut und der Gläubiger annimmt, in Rechten vor eine Zahlung geachtet wird . . . . Daferne aber S. (Schuldner) die Anweisung bereits nach entstandenem Concurs oder doch, nachdem er von einem oder dem andern Gläubiger in Anspruch genommen worden, gethan, so ist der Curator bonorum wohl befugt, im Namen des Concurses diesen Handel umzustofsen."

Ein gleiches aus dem Jahre 1720 ebendaselbst p. 593:

„Wir sind darin mit den vorigen Urteilsfassern vollkommen einig, dafs der gemeinschaftliche Schuldner vor entstandenem Concurse dem Beklagten, einem schlechten chirographarischen Gläubiger, welcher sich aber bei Zeiten gemeldet und seine Bezahlung mit Nachdruck urgiret, also mehr als

Kläger und die übrige Gläubiger vigiliret, die Zahlung thun könne und die andere, obgleich hypothekarische Gläubiger das Gezahlte actione Pauliana von ihm wieder zu fordern nicht berechtiget sind."

Derselbe Gedanke, dafs, wenn wachsamere Gläubiger unbefriedigt bleiben, die Befriedigung eines Gläubigers mit dem Gegenstande der Forderung anfechtbar sei, tritt uns durchgehends in der Praxis des vorigen Jahrhunderts entgegen. Als Belege sind zu nennen die bei Leyser pag. 594 bis 605 angeführten Urteile teils der Helmstädter, teils der Wittenberger Juristen-Fakultät aus den Jahren 1712, 1725, 1726, ferner die bei Cannegiefser Band II No. 236, Band III No. 48 wiedergegebenen Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntnisse von Cassel aus den Jahren 1764, 1777, sodann die Berichte in Stryck pag. 286 und Lauterbach pag. 312 über die Praxis der mittleren Jahrzehnte des achtzehnten Jahrhunderts. Noch Seuffert enthält ein Beispiel der Anwendung der Gratifikationstheorie in Band IV No. 272, nämlich ein Urteil des Ober-Appellations-Gerichts Lübeck für Bremen aus dem Jahre 1823:

„Gestützt auf fr. 6 § 1, 2. 42. 5 und fr. 24. h. t. ist die gemeine Meinung für den Fall, dafs vor dem Befriedigten schon andere Gläubiger vergebliche Deckungsversuche gemacht, für ein Revokationsrecht entschieden."

Jedoch findet sich bei Seuffert unter derselben Nummer von demselben Gericht aus demselben Jahre ein Urteil, welches schon Bedenken an der Richtigkeit der soeben ausgesprochenen Meinung ausspricht:

„Zahlungen sind an und für sich der Anfechtung entzogen. Freilich giebt es zwei Stellen, welche auch bei Zahlungen eine Revokation wegen Gratifikation erlauben: fr. 6 § 1, 2. 42. 5 und fr. 24 h. t. Sie reden aber von dem Falle, wenn ein Pupill aus der väterlichen Erbschaft zahlt und sich nachher wieder davon losmacht, und die allgemeine Anwendung ist wegen Unbekanntschaft des Grundes sehr bedenklich."

Seitdem zehn Jahre später Franke seine oben mehrfach erwähnte Abhandlung schrieb, ist der Grund jener Revokation nicht mehr unbekannt, und es hat sich die gemeinrechtliche Praxis für unbedingte Unangreifbarkeit der regelmäfsigen Zahlung einstimmig

ausgesprochen. Dies beweisen die Entscheidungen in Seuffert Band VI Nr. 305 (Ober-Appellations-Gericht Jena 1842):

„Zahlungen, welche von einem Schuldner vor der bonorum venditio oder nach heutigem Recht vor der Konkurseröffnung geleistet worden sind, sind der Revokation durch die actio Pauliana nicht unterworfen ohne Unterschied, ob der Schuldner freiwillig gezahlt hat oder der Gläubiger ihm die Zahlung wider seinen Willen abgenötigt hat. Die solutio per gratificationem ist blos für den Fall der Abstinenz eines heres anwendbar,"

ebenda Band II No. 352 (Ober-Appellations-Gericht Dresden 1845),
Band IX No. 356 No. 4 (Appellations-Gericht Celle 1848),
Band XII No. 228 (Ober-Appellations-Gericht Kiel 1857),
Band XXV No. 94 (Appellations-Gericht Celle 1870, übereinstimmend mit Düring Band III Seite 79),
Band XXX No. 203 (Appellations-Gericht Celle 1873),
Band XXXI No. 89 (Reichs-Ober-Handels-Gericht 1875, übereinstimmend mit ROHGE Band XV No. 20).

B. Anwendbarkeit der actio Pauliana auf die Zahlung einer nicht klagbaren und einer nicht fälligen Verbindlichkeit.

Nachdem wir oben den Grund der Unanwendbarkeit der actio Pauliana auf die regelmäfsige Zahlung gefunden zu haben glauben, wird es uns jetzt ein Leichtes sein, zu entscheiden, ob die übrigen Arten der Zahlung, die Erfüllung einer naturalen, einer noch betagten und einer noch bedingten Verbindlichkeit, anfechtbar sein können.

1. Wenden wir uns zunächst zu der Erörterung der Frage, ob eine fällige, aber nicht klagbare Verbindlichkeit getilgt werden könne, ohne dafs die Anfechtung zu fürchten sei, auch wenn die sonstigen Voraussetzungen der actio Pauliana vorliegen.

Über die Stärke der klaglosen, der sog. Natural-Obligationen herrscht keineswegs Einigkeit unter den Rechtslehrern. Auch sind die einzelnen Fälle so verschieden geartet, dafs es unmöglich ist, eine einheitliche Darstellung ihres Wesens und ihrer Wirkung zu geben. Nur das eine ist sicher, sie alle können nicht eingeklagt, können wohl aber erfüllt werden. Erkennt aber das

Recht ihre Erfüllung als Erfüllung an, so erkennt es auch die Naturobligationen selbst als Verpflichtungen an; nur sind ihm diese Verpflichtungen nicht stark genug, damit es ihnen die Klagbarkeit zubillige.

Wenn nun eine rechtlich anerkannte Verpflichtung des Schuldners und damit eine wohlbegründete Berechtigung des Gläubigers vorliegt, so mufs man ebenso wie bei der klagbaren Obligation die Erfüllung für unanfechtbar halten. Denn auch bei der regelmäfsigen Zahlung fanden wir den Grund der Unangreifbarkeit nicht in der Klagbarkeit, Erzwingbarkeit, sondern in dem wohlbegründeten Recht, welches eine Rechtswidrigkeit ausschlofs.

Unsere Quellen sprechen von einer Anfechtung natürlicher Obligationen nicht; wohl aber reden sie in l. 19, l. 20 D. h. t. von noch schwächeren, von blofsen Pietätsverbindlichkeiten und auch diese sollen der Anfechtung nicht unterliegen. Aus Achtung vor dem letzten Willen eines Verstorbenen behält sich ein überschuldeter und noch dazu durch Fideikommiss überlasteter Erbe die ihm zukommende quarta Falcidia bezw. Trebelliana nicht zurück. Die Handlung ist unanfechtbar. Eine solche Entscheidung mag deshalb auffallend sein, weil hier eine Pietätspflicht rechtlich geachtet wird, deren Nichtbestehen durch die lex Falcidia und das Senatus Consultum Pegasianum besonders sanktioniert ist, nämlich auf Wunsch des Erblassers auch mehr als drei Vierteile der Erbschaft wieder herauszugeben. Es bricht hier wieder die grofse Ehrfurcht vor dem letzten Willen eines Verstorbenen durch, welche den Römern besonders in der älteren Zeit so eigentümlich war. Jedenfalls beweisen die Fragmente, dafs die Römer auch die Erfüllung klagloser Verbindlichkeiten für irrevokabel hielten.

Dieser Ansicht sind auch z. B. Windscheid II § 643 No. 6, Vangerow III § 697 III, Schey Seite 134, Mankiewicz Seite 50, Reinhart Seite 122c, Grützmann Seite 54.

Von entgegengesetzten Ansichten sind naturgemäfs zunächst diejenigen zu nennen, welche auch die regelmäfsige Zahlung für anfechtbar hielten, also vor allem die Anhänger der Gratifikationstheorie. Wird eine Naturalobligation getilgt, obwohl der Inhaber einer civilen Forderung mehr gedrängt hat, so ist jene Tilgung zweifellos anfechtbar. Aber man mufs vom Standpunkt der bekämpften Theorie aus wohl auch schon dann eine Begünstigung

annehmen, wenn von zwei gleich lässigen Gläubigern der naturaliter Berechtigte befriedigt wird, der andere civiliter Berechtigte aber nicht.

Laspeyres spricht sich nicht über die Naturalobligation aus, hält ihre Erfüllung aber, aus seinen sonstigen Ansichten zu schliefsen, jedenfalls nicht für unanfechtbar.

Auch Franke (Seite 269) wurde von seinem Standpunkt, welcher nicht auf das rechtliche Obligationsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner überhaupt sieht, sondern auf das Zwangsrecht den Nachdruck legt, dahin gebracht, die Erfüllung einer nicht klagbaren Verbindlichkeit für anfechtbar zu halten.[1])

Aus der Praxis kann hier herangezogen werden ein Urteil des Ober-Appellations-Gerichts Lübeck 1865 bei Kierulf Band I No. 8, welches die Erfüllung eines rechtsgiltigen Schenkungsversprechens seitens eines Überschuldeten behandelt. Dadurch, dafs der insolvente Schenker dem Beschenkten das beneficium competentiae hätte entgegensetzen können, ist die Verpflichtung des Schenkers gleichsam eine naturale geworden, sie ist nicht erzwingbar, aber erfüllbar. Das angezogene Urteil giebt der Klage auf Anfechtung dieser Erfüllung des Schenkungsversprechens statt, hält also die Zahlung auf eine klaglose Verbindlichkeit nicht für unangreifbar. Höchstinstanzliche Urteile, welche sich über die vorliegende Frage unmittelbar aussprächen, sind nicht veröffentlicht.

2. Wir kommen jetzt zu der Frage: Ist derjenige mit der actio Pauliana zu belangen, welcher eine noch betagte Forderung sich vorzeitig berichtigen läfst? Ob eine solche betagte Obligation schon vor ihrer Fälligkeit existent sei, ist bestritten. Die richtige Ansicht geht dahin die Frage zu bejahen; nur die Geltendmachung des Anspruchs ist hinausgeschoben. Eine Verpflichtung des Schuldners ist also vorhanden, nur kann er nicht gezwungen werden, derselben vor Fälligkeit nachzukommen. Thut er es doch, so erfüllt er eine rechtlich als schon bestehend anerkannte Verpflichtung. Er brauchte nicht zu zahlen, aber er kann zahlen, denn diei adiectio pro reo est, non pro stipulatore (l. 41 § 1 D. de V. O.). Allerdings ist hierbei vorausgesetzt, dafs die Schuld entweder verzinslich war oder der debitor das

[1]) Ebenso Zürcher S. 24 und mit Einschränkungen Huschke XIV S. 32, Fischer Seite 36.

interusurium abgezogen hat. Ist keines von beiden der Fall, so hat der Schuldner mehr geleistet, als wozu er verpflichtet war, und dieser Überschufs kann — natürlich immer eine Handlung in fraudem creditorum vorausgesetzt — als reines lucrum auch abgesehen von einer conscientia fraudis angefochten und zurückgefordert werden.

Dies bezeugen auch zwei Stellen der Digesten:

l. 10 § 12 D. h. t. (Ulpianus): Si cum in diem deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit, in eo quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore: nam praetor fraudem intellegit etiam in tempore fieri.

l. 17 § 2 eod. (Julianus): Si vir uxori, cum creditores suos fraudare vellet, soluto matrimonio praesentem dotem reddidisset, quam statuto tempore reddere debuit, hac actione mulier tantum praestabit, quantum creditorum intererat dotem suo tempore reddi: nam praetor fraudem etiam in tempore fieri intellegit.

Unsere Ansicht findet eine Stütze bei Unterholzner II S. 99, Vangerow III § 697 III, Windscheid II § 463 A. 34, Baron § 235 II, Krische S. 650, Fischer S. 28 u. a.

Franke (Seite 267) dagegen findet in den beiden Stellen ausgesprochen, bei vorzeitiger Zahlung sei alles das anfechtbar, was der Befriedigte mehr erhalten habe, als wenn ihm erst zur rechten Zeit gezahlt wäre. Danach wird unterschieden, ob der Fälligkeitstag vor der missio in bona liege oder nicht. In jenem Falle geht die Klage auf das Interusurium, wenn es nicht schon abgezogen oder die Schuld nicht verzinslich war, in diesem auf die Differenz zwischen wirklich Erhaltenem und im Konkurse Zufallendem. — Mit der Basis des Zwangsrechts fällt auch diese Deduktion Frankes, denn nur durch jene Theorie ist sie veranlafst. Franke selbst gibt zu, dafs die allegierten Stellen ebenso gut in unserem Sinne verstanden werden könnten, und dafs mit commodum repraesentationis mehrfach — z. B. in l. 1 § 10 D. ad legem Falcidiam 35. 2 — der Zwischenzins bezeichnet wird. Uns aber will scheinen, als ob nur dieser gemeint sein könnte, besonders da fortgefahren wird: 'nam praetor fraudem etiam in tempore fieri intellegit', denn hier ist offenbar an die allgemeine Wirkung der Zeit gedacht und nicht an den Ablauf der Zeit, sofern er den Konkurs mit sich bringt.

Wie Franke verstehen noch obige Stellen und halten deshalb die Zahlung einer betagten Schuld für anfechtbar Laspeyres Seite 75, Schey Seite 135, Huschke XIV Seite 33, Otto Seite 74, Meischeider Seite 74, ferner die Vertreter der Gratifikationstheorie. Auch die Praxis, besonders die der älteren Zeit, ist meist der gleichen Ansicht. Selbstverständlich ist dies bei den Entscheidungen, welche noch auf dem Boden der Gratifikationstheorie stehen:

Erkenntnis des Ober-Appellations-Gerichts Lübeck in einer bremischen Sache aus dem Jahre 1823, in Seuffert Band IV No. 272:

„Die verfrühte Zahlung steht unter der actio Pauliana und zwar in der Art, dafs nicht blofs Rückforderung des interusurium, sondern Rescission im ganzen Umfang stattfindet."

Ein gleiches Erkenntnis aus dem Jahre 1828, Seuffert IV No. 276:

„Der Fall einer liberalitas tritt bei verfrühter Befriedigung nur in Bezug auf das interusurium ein, aber keineswegs in Hinsicht des ganzen Befriedigungsobjekts. Soll also das ganze Geschäft rescindiert werden, so ist der Beweis der conscientia fraudis zu erbringen."

Erkenntnis des Ober-Appellations-Gerichts Dresden aus dem Jahre 1845 bei Seuffert Band II No. 352.

Ihnen reiht sich an ein Urteil desselben Gerichts aus dem Jahre 1847 in Seuffert Band IV No. 275:

„Die Meinung derer, welche bei verfrühten Zahlungen nur das interusurium angefochten wissen wollen, ist zurückzuweisen. Mit 'tantum quantum creditorum intererat' ist offenbar nicht das interusurium gemeint, sondern das Recht der Mitgläubiger auf gleiche Verteilung der Masse: exaequandum ceteris creditoribus."

Für unsere Ansicht haben wir nur einen Beleg aus der Praxis finden können: eine Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts Lübeck in einer Hamburger Rechtssache aus dem Jahre 1863 in Lüb. E. Band V No. 8:

„Die Unanfechtbarkeit erstreckt sich sogar auf Deckungen für nicht fällige Forderungen, wobei nur das interusurium in Betracht kommt."

Und zwar ist auch dies die Meinung nur der höchsten In-

stanz, während die niederen Gerichte entgegengesetzt geurteilt hatten.

3. Wie steht es schliefslich mit der Erfüllung einer bedingten Schuld vor Eintritt der Bedingung?

Wir brauchen hier nicht zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingung zu unterscheiden, da die letztere nur ein resolutiver Nebenvertrag mit einer Suspensivbedingung ist; es gibt im Grunde nur eine Bedingung, die aufschiebende.

In der Bedingung liegt regelmäfsig auch eine Befristung, aber es liegt in ihr vor allem die Ungewifsheit, die Abhängigkeit des Bestehens der Forderung von einem ungewissen Ereignis. Mit der Erfüllung einer noch betagten Forderung hat also die einer noch bedingten das gemein, dafs beide früher geschehen, als es verlangt werden kann. Beide unterscheiden sich aber dadurch wesentlich von einander, dafs die Erfüllung einer befristeten Schuld ein wirklich und sicher vorhandenes Passivum tilgt, die Zahlung einer bedingten Forderung dagegen keineswegs eine feststehende Obligation zur Grundlage hat: eine bedingte Obligation existiert noch nicht, sie läfst nur auf der einen Seite ein Aktivum hoffen, auf der andern ein Passivum erwarten: ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri (§ 4 I. de V. O. 3. 15). Marcianus betont dies in l. 13 § 5 D. de pignor: Si sub condicione debiti nomine obligata hypotheca, dicendum est ante condicionem non recte agi, cum nihil interim debeatur.

Hatten wir also die vorzeitige Bezahlung einer befristeten Schuld für unanfechtbar erklärt, weil der debitor auch schon vor dem Stichtage fest obligiert ist, so können wir ein Gleiches von der Tilgung einer bedingten Schuld nicht sagen. Hier ist es eben noch in der Schwebe, in pendenti, ob überhaupt eine Obligation entstanden ist oder nicht, die Entscheidung hat rückwirkende Kraft. Es fehlt also die rechtliche Verpflichtung und damit das wohlbegründete Recht, welches bei der regelmäfsigen und bei der vorzeitigen Zahlung eine Rechtswidrigkeit nicht aufkommen liefs.

Demnach mufs die Erfüllung einer noch bedingten Schuld als anfechtbar gelten.

Quellenstellen sowie oberstrichterliche Entscheidungen fehlen. Die Schriftsteller, welche sich mit unserer Frage beschäftigen, sind durchgehends gleicher Ansicht mit uns: Franke Seite 269,

Schönemann Seite 22, Fischer Seite 31, Zürcher Seite 22, Otto Seite 76, Mankiewicz Seite 51.

2. Abschnitt:
Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Hingabe an Zahlungsstatt.

Wir kommen zu den zahlungsähnlichen Geschäften, zunächst zur Hingabe an Zahlungsstatt.

Unter Hingabe an Zahlungsstatt, datio in solutum, versteht man die Erfüllung einer Verbindlichkeit mit einem andern Gegenstand als dem eigentlichen Schuldobjekt. Sie ist nur gestattet, wenn der Gläubiger zustimmt — datio in solutum voluntaria — oder wenn das Gesetz zur Annahme zwingt — datio in solutum necessaria auf Grund der nov. 4 cap. 3. Durch die Hingabe an Zahlungsstatt wird die Obligation ebenso wie durch Zahlung ipso iure aufgehoben.

Als Belagstellen, welche eine Antwort auf die Frage geben sollen, ob die datio in solutum mit der Pauliana — deren sonstige Erfordernisse vorausgesetzt — angefochten werden könne, werden angeführt

von Vangerow Bd. III § 697 i. f.: l. 25 § 3 D. h. t. (Venuleius):
> Si procurator ignorante domino, cum sciret debitorem [eius] fraudandi cepisse consilium, iussit servo ab eo accipere, hac actione ipse tenebitur, non dominus;

und von Laspeyres Seite 73: l. 1 C. h. t. 7. 75 (Antoninus):
> Heres, qui post aditam hereditatem ad eum, cui res cessit, corpora hereditaria transtulit, creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecerit, bonis eius excussis usitatis actionibus ea, quae in fraudem alienata probabuntur, revocabis.

Schon beim ersten Durchlesen der Digestenstelle wird man die Frage aufwerfen, wo denn hier von einer Hingabe an Zahlungsstatt die Rede sei. Vangerow findet in accipere ein accipere pro soluto und kann sich dabei auf die Glosse berufen (glossa Accipere ad h. l.). Jedoch wird diese Auffassung von anderer Seite, z. B. von Struckmann Seite 301, wohl mit Recht willkürlich genannt, da in dem ganzen Titel häufig von accipere quod debetur u. ä. gesprochen wird, nie aber von aliud pro alio accipere: Und nun soll accipere ohne weiteren Zusatz letzteres bedeuten? Auch

weist der Schlufs der Stelle 'ipse tenebitur, non dominus' klar darauf hin, was Venuleius hat sagen wollen: Da der procurator nicht suum recipit, nicht sibi vigilavit, er vielmehr durch einen rechtswidrigen Akt die Gläubiger benachteiligt hat, schützt ihn nicht die l. 6 § 6 D. h. t., welche das suum recipere für unanfechtbar erklärt; gegen ihn ist die actio Pauliana statthaft.

Auch das von Laspeyres angeführte Reskript Caracallas in c. 1 cit. ist als Beleg zurückzuweisen. Laspeyres zweifelt zwischen zwei Erklärungen: entweder behandle das Reskript den Fall, dafs ein Erbe nach dem Erbschaftsantritt einen seiner eigenen Gläubiger durch Hingabe von Erbschaftssachen befriedigt habe und nun ein Gläubiger der Erbschaft dieselben, weil er unbefriedigt geblieben sei, unter dem Vorwand einer alienatio fraudulosa in Anspruch nehme; — oder es sei von einer cessio bonorum die Rede: der Erbe habe bereits vor Anfall der Erbschaft seinen eigenen Gläubigern bona cediert und nun hinterher, um den Rest der Schuld zu tilgen, ihnen einzelne Sachen aus der Erbschaftsmasse überwiesen. Beide Erklärungen sind jedoch unhaltbar. Denn die Worte 'cui res cessit' deuten weder auf eine datio in solutum hin, noch auf eine cessio bonorum, sondern sind gleichbedeutend mit 'cui hereditatem vendidit', indem an die alte in iure cessio gedacht wird. Besonders nahe wird dies gelegt durch eine Vergleichung mit Gaius II §§ 34, 35, wo mit denselben Ausdrücken wie in der vorliegenden constitutio von einem Erbschaftskauf die Rede ist. Sodann aber ist die Scheidung von Erbschaftsgläubigern und Gläubigern des Erben erst in die Stelle hineingelegt. Das Reskript spricht also weiter nichts aus als die bekannten Sätze: Ein Erbe bleibt trotz der Veräufserung der Erbschaft für die Erbschaftsschulden verhaftet; eine solche Veräufserung kann, wenn in fraudem creditorum geschehen, der Anfechtung mit der actio Pauliana unterliegen.

Die Quellen lassen uns demnach auch hier völlig im Stich. Wir sind darauf angewiesen, uns aus den allgemeinen Prinzipien der actio Pauliana eine Antwort auf die Frage zu geben, ob die Hingabe an Zahlungsstatt anfechtbar ist oder nicht. Es ist deshalb zu untersuchen, ob der Grund, welcher dazu führte die solutio von den anfechtbaren Handlungen auszunehmen, auch zwingt die datio in solutum für unangreifbar zu halten. Thut

er dies nicht, so wird der allgemeine Ausspruch des Prätors mafsgebend sein müssen — haec verba enim generalia sunt.

Als jenen Grund führten die Quellen das bekannte 'suum enim recipit' an. Als ein solches suum kann jedoch das in solutum datum nicht ohne weiteres angesehen werden. Denn mag man die datio in solutum als einen wahren Kauf mit Kompensation des Kaufgeldes gegen die Schuld auffassen gemäfs l. 4 C. de evict 8. 45, oder mag man in der Hingabe an Zahlungsstatt eine wahre Schuldtilgung sehen gemäfs l. 46 pr. D. de solut. 46. 3 — jedenfalls liegt nicht die prinzipale Befriedigung des Gläubigers vor, es mufs vielmehr, abgesehen vom Sonderfall des beneficium dationis in solutum ein neuer Kontrakt geschlossen werden. Ein Gläubiger, welcher eine Forderung von 1000 hat, empfängt das seine, wenn er eben die 1000 ausgezahlt erhält und nicht, wenn er ein Pferd oder dergleichen an Zahlungsstatt annimmt. Nicht auf Grund der alten Verbindlichkeit, sondern auf Grund eines neuen Kontrakts wird an Zahlungsstatt hingegeben. Die datio in solutum ist also der Zahlung nicht gleich zu setzen, sondern, in fraudem creditorum erfolgt, anfechtbar.

Zu demselben Resultat gelangen auch diejenigen, welche wie Windscheid und Grützmann den Grund der Unangreifbarkeit von Zahlungen in der Person des Schuldners erblicken. Ebenso wenig als die Berechtigung des Gläubigers hat die Verpflichtung des Schuldners das an Zahlungsstatt Hingegebene zum Gegenstand, ja der Schuldner ist sogar zum dare in solutum nicht blofs nicht verpflichtet, sondern nicht berechtigt: aliud pro alio invito creditori solvi non potest (l. 2 § 1 D. de R. C. 12. 1).

Per analogiam können wir auch den Quellen einen Beweis für uns entnehmen. Wie in ihnen ausdrücklich bezeugt, und wie auch mit wenigen Ausnahmen durchgängig anerkannt wird, ist nämlich die Bestellung eines Pfandes für eine alte Schuld, die übrigen Erfordernisse der actio Pauliana vorausgesetzt, anfechtbar. Im Grunde beruht eine solche Bestellung aber auf demselben Gedanken als die datio in solutum: Hingabe einer Sache, damit sich der Gläubiger aus ihr befriedige, dort erst später durch Pfandverkauf, hier sofort durch Annahme der Sache. Sonach kann man auch die positiven Rechtsbestimmungen als auf unserer Seite stehend bezeichnen.

Für uns ist auch die Mehrzahl der einschlägigen Schrift-

steller: Vangerow III § 697 V, Arndts § 228, Sintenis II § 124 A. 26, Windscheid § 463 bei Note 33, Dernburg Pand. II S. 370, Baron § 235 bei Note 19, Franke Seite 263, Laspeyres Seite 71, Mankiewicz Seite 53, Meischeider Seite 77, Schönemann Seite 75, Schey Seite 145, Otto Seite 79, — sowie auch die neuere Praxis:

Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts zu Cassel aus dem Jahre 1845 bei Strippelmann Bd. V Seite 113 und Seuffert Bd. III No. 250:

> „In dem . . . Geschäfte wird eine datio in solutum gefunden, solche mit Recht der Anfechtung durch die paulianische Klage oder Einrede unterworfen erklärt."

Urteil des Ober-Apellations-Gerichts Celle aus dem Jahre 1848 bei Seuffert Band IX No. 356:

> „Wenn auch die Zahlung unanfechtbar ist, so sind es doch nicht die zahlungsähnlichen Geschäfte. Unzulässig ist also die Vornahme jedes andern Geschäfts, wodurch die Überlassung von Sachen oder die Abtretung von Forderungen gegen einen bestimmten Preis an den Gläubiger selbst in der Absicht vermittelt wird, dafs der gedachte Preis gegen die Forderung des Gläubigers aufgerechnet werden solle, so namentlich die datio in solutum. Diese ist anfechtbar, indem die Hingabe an Zahlungsstatt von dem Gläubiger nicht erzwungen werden konnte.

Ähnlich lauten die Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts Darmstadt 1863 bei Seuffert XVIII No. 202, des Ober-Appellationsgerichts Cassel 1863 daselbst Bd. XXII No. 106, des Ober-Gerichts Wolfenbüttel 1866 daselbst Bd. XXI No. 185, des Ober-Appellations-Gerichts München 1867 daselbst XXI No. 186, des Ober-Appellations-Gerichts Jena aus dem Jahre 1869 daselbst XXVII No. 193, des Appellations-Gerichts Celle aus dem Jahre 1870 bei Düring Band III Seite 79 und Seuffert Bd. XXV No. 94, des Ober-Appellations-Gerichts Berlin 1872 bei Seuffert XXVII No. 285, des Appellations-Gerichts Celle 1873 daselbst XXX No. 203, des Ober-Appellations-Gerichts Lübeck 1875 bei Kierulf XV No. 20, des Ober-Tribunals zu Berlin 1877 bei Seuffert XXXIII No. 356, des Ober-Appellations-Gerichts Rostock bei Budde V No. 54.

Insbesondere aber finden wir nicht nur unsere Ansicht,

sondern auch unsere Gründe zu derselben wieder in einem Urteil des Ober-Appellations-Gerichts Kiel 1857 bei Seuffert XII No. 228 und in einem solchen des Reichs-Ober-Handels-Gerichts 1874 ebenda XXXI No. 89:

„Die datio in solutum ist nicht analog der Zahlung zu behandeln, weil das hinsichtlich der Zahlung Bestimmte eine Ausnahme ist von der im Edikt aufgestellten allgemeinen Regel, und weil die fr 6 §§ 6, 7 angeführten Gründe für jene Aussprüche nicht auf die datio in solutum passen, da diese weder eine erzwingbare ist, noch auch der Gläubiger auf die Fürsorge dafür, dafs ihm das seinige werde, beschränkt, das Geschäft vielmehr ein freiwilliges ist und einen in dem Rechte des Gläubigers nicht begründeten Kontrakt in sich schliefst, welcher als solcher in Betreff seiner Anfechtbarkeit seitens der dadurch benachteiligten Kreditoren nach dem allgemeinen über die Anfechtbarkeit der in fraudem creditorum geschlossenen Rechtsgeschäfte aufgestellten Grundsätze zu beurteilen ist."

„Jede Veräufserung, welche nicht solutio im engeren und eigentlichen Sinne ist, und so namentlich auch die datio in solutum kann mit der actio Pauliana angefochten werden. Die solutio ist, obgleich Veräufserung, Vermögensverminderung, aus dem Grunde nicht anfechtbar, weil bei ihr ein weiteres Erfordernis der actio Pauliana, dolus des Erwerbers, fehlt. Denn der Empfänger erhält eben nur das, was ihm rechtlich gebührt. Das trifft bei keiner andern Veräufserung aufser der solutionis causa erfolgenden zu, insbesondere nicht bei der datio in solutum, denn diese verschafft dem Gläubiger einen andern als den geschuldeten, also einen rechtlich nicht gebührenden Gegenstand. Für die Anfechtbarkeit der datio in solutum mit der actio Pauliana spricht auch die Analogie der Anfechtbarkeit der Verpfändung."

Aber auch die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten, namentlich von Struckmann. Dieser führt aus: Der Unterschied zwischen der eigentlichen solutio und der datio in solutum sei nur ein äufserlicher; der Gegenstand einer Geldforderung seien nicht die Geldstücke selbst, sondern der Wert derselben; wenn andere Wertgegenstände als nummi gezahlt würden, erhalte doch immer der Gläubiger materiell den Gegenstand seiner Forde-

rung, man könne also ebenso wie bei der Zahlung auch bei der Hingabe an Zahlungsstatt von einem suum recipere reden.

Wir vermögen dem Satze, dafs eine Geldforderung nicht sowohl auf Geld als auf einen Geldwert gehe, nicht zuzustimmen, schon aus dem Grunde nicht, weil doch dann der Schuldner berechtigt sein müfste, statt Geldes einen anderen Gegenstand, welcher Geldeswert hat, zu leisten, ohne dafs der Gläubiger seine Einwilligung gäbe.

Sodann führt Struckmann (Seite 288) zwei Fälle an, in denen laut der Quellen die Hingabe an Zahlungsstatt einem Überschuldeten gestattet wird: Der eine entstammt der bekannten Novelle 4 (cap. 3), der andere der l. 22 § 4 sq. C. de iure deliberandi 6. 30. Die Beweise können jedoch deshalb nicht für durchschlagend gelten, weil es sich in beiden Stellen um beneficia handelt, nämlich in nov. 4 um das beneficium dationis in solutum, in c. 22 cit. um das beneficium inventarii, und die Grundsätze über solche singulären Institute allgemeine Schlüsse nicht zulassen. Vor allem ist aber zu erwidern, dafs auch wir durchaus nicht dem Überschuldeten eine datio in solutum schlechterdings verbieten, sondern nur eine solche in fraudem creditorum; eine Stelle, welche einem Insuffizienten die Hingabe an Zahlungsstatt erlaubt, kann uns also nicht widerlegen.

Ebenfalls zu einem unserer Ansicht entgegenstehenden Resultat kommen, jeder von seinem schon oben erörterten Standpunkte aus, Dabelow (Seite 422), Zürcher (Seite 15), Fischer (Seite 37), Krische (Seite 667). Sodann halten die Hingabe an Zahlungsstatt für unanfechtbar folgende Entscheidungen: ein Urteil des Ober-Apellations-Gerichts Lübeck in einer Bremischen Sache aus dem Jahre 1828, abgedruckt bei Seuffert Bd. IV No. 276, ein gleiches in einer Hamburger Sache des Jahres 1850 in Seuffert Band VI No. 125; das letztere sagt:

> „Deckungen andringender Gläubiger durch datio in solutum gelten, wenn der Gläubiger nur eine rechtmäfsige Forderung hat, auch wenn er noch so gut weifs, dafs sein Schuldner insolvent sei und er auf Kosten anderer seine Befriedigung erhalte, als nicht anfechtbar."

Sodann gehört hierher ein Urteil des Ober-Appellations-Gerichts Jena 1842 bei Seuffert Bd. VI No. 305:

> „Die datio in solutum kommt der Zahlung gleich; Zah-

lungen aber, welche von einem Schuldner vor der bonorum venditio oder nach heutigem Recht vor der Konkurseröffnung geleistet worden sind, sind der Revokation durch die actio Pauliana nicht unterworfen ohne Unterschied, ob der Schuldner freiwillig gezahlt oder der Gläubiger ihm die Zahlung wider seinen Willen abgenötigt hat."

Und schliefslich noch aus dem Jahre 1870 ein Urteil des Appellations-Gerichts Celle in Düring Bd. III Seite 83, welches von der Cession einer Forderung an Zahlungsstatt spricht:

„Mögen auch die Umstände des Falles noch so sehr für die Annahme sprechen, dafs zur Zeit der erfolgten Cession der Verstorbene bereits überschuldet und dafs den Klägern [den durch Cession befriedigten Gläubigern des Verstorbenen] diese Überschuldung bekannt war, so bezweckte doch die Disposition lediglich die Befriedigung andringender Gläubiger. Erlangten diese dadurch dasjenige, worauf ihnen ein rechtlicher Anspruch zustand, so konnten sie nach dem Ausspruche der Gesetze auch dann ein Vorwurf nicht treffen, wenn sie sich bewufst waren, dafs für andere Gläubiger die noch verbleibenden Mittel zur Befriedigung nicht ausreichten."

Alle diese Gegner betonen das Argument, dafs die Hingabe an Zahlungsstatt ebenso wie die Zahlung selbst nur ein Akt ist, der unmittelbare Tilgung der Obligation bezweckt. Aber nicht hierauf dürfte es ankommen, sondern nur darauf, ob der Schuldner zu dem Akte verpflichtet ist, oder m. a. W. ob das Geleistete den Gegenstand der Forderung bildet. Das ist nicht der Fall.

Zu erwähnen bleibt noch, dafs diejenigen, welche die actio Pauliana bei der Hingabe an Zahlungsstatt nicht zulassen, eine strenge Scheidung machen müssen zwischen den Fällen, in welchen die hingegebene Sache dem Werte der Forderung entspricht, und denen, in welchen sie einen gröfseren Wert hat als das nomen. Eine absolute Unanfechtbarkeit können jene nur annehmen in den Fällen der ersteren Art. Ein etwaiger Mehrwert aber kann, sofern er dem Gläubiger geschenkt werden sollte, mit der paulianischen Klage zurückgefordert werden. Sofern dagegen nicht Schenkungsabsicht vorlag, ist das ganze Geschäft anzufechten, vorausgesetzt, dafs es in fraudem creditorum erfolgte.

Für unsere Ansicht kommt eine solche Unterscheidung nicht in Betracht.

3. Abschnitt:

Anwendbarkeit der actio Pauliana auf Pfandbestellung.

Schliefslich haben wir uns mit der Frage zu beschäftigen, ob die actio Pauliana auf die Bestellung eines Pfandes Anwendung finden könne oder nicht.

Ein Pfandrecht, sei es pignus, sei es hypotheca, kann entweder gleichzeitig mit Begründung der Obligation oder auch für eine schon bestehende Obliegenheit bedungen werden. In jenem — dem gewöhnlicheren — Falle teilt, wie ohne weiteres klar ist, das Pfand das Schicksal der Hauptforderung, es ist daran nichts Erwähnenswertes. Anders jedoch, wenn das Pfand für ein vetus creditum bestellt wird. Ein solches Geschäft kommt der Befriedigung nahe. Denn hat erst einmal der Gläubiger eine die Forderung deckende Pfandsache in Händen oder eine solche Hypothek auf seinen Namen eintragen lassen, dann braucht er sich vor einer Schmälerung durch concursus creditorum nicht mehr zu fürchten. Als ein derartiges Deckungsgeschäft ist hier die Pfandbestellung für eine bestehende Schuld der Zahlung und der Hingabe an Zahlungsstatt an die Seite zu stellen.

Auf die Frage, ob eine solche Pfandbestellung der actio Pauliana unterliegen könne, geben uns, wie schon bemerkt, die Quellen Auskunft:

l. 10 § 13 D. h. t. (Ulpianus): Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum.

l. 22 D. h. t. (Scaevola): Cum in vetus creditum unus creditor pignora accepisset, quaero, an in fraudem ceterorum creditorum factum nullius momenti esset. respondit creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod, in vetus creditum ut obligaretur, pactus esset, nisi id in fraudem ceterorum creditorum factum sit et ea via iuris occuratur, qua creditorum fraudes rescindi solent.

l. 6 § 6 eod. (Ulpianus): Totum enim hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se praetor non interponit, ut puta pignora venditionesque.

Vielfach ist noch angezogen l. 13 D. h. t. (Paulus):

Illud constat eum, qui pignus tenet, hac actione non teneri: suo enim iure et ut pignus, non rei servandae causa possidet.

Diese letzte Stelle kann jedoch hier nicht in Betracht kommen, wie jetzt allgemein zugegeben wird: Sie läfst zu wenig den Zusammenhang, aus dem sie entnommen, erkennen, als dafs man mit Sicherheit sagen könnte, welcher Fall ihr zu Grunde liegt. Insbesondere sind die Worte 'non rei servandae causa' unverständlich, weil der mit der actio Pauliana Belangte nie blofs rei servandae causa besitzen wird. Die einen (so Franke Seite 261) sagen, es sei nur ausgesprochen, dafs nach dem Konkursverfahren der Römer ein Pfand zur Konkursmasse nicht eingefordert werden konnte. Andere (so Mankiewicz Seite 53) beziehen das Fragment auf den Fall, dafs der Gläubiger ein Recht auf Pfandbestellung hat. Noch andere (so Huschke XIV Seite 102, Fischer Seite 75) nehmen an, der Stelle liege die Frage zu Grunde, ob die gegen den Erwerber einer Sache aus irgend einem Grunde zulässige Pauliana auch gegen den Gläubiger dieses Erwerbers gehe, einmal wenn der Gläubiger sich die fraudulos erworbene Sache als Pfand habe bestellen und dann, wenn er sich in das Vermögen des Erwerbers habe einweisen lassen, so dafs er auch an jener Sache ein prätorisches Pfandrecht erworben habe. Die Antwort sei die, dafs gegen den Eingewiesenen die Klage ex persona debitoris angestellt werden könne, gegen den Konventional-Pfandgläubiger dagegen nicht. Wie dem auch sei, die Stelle ist dunkel und gibt keinerlei sichere Antwort auf unsere Frage.

Nicht so die übrigen angeführten Fragmente: aus ihnen kann mit voller Sicherheit das Ergebnis belegt werden, welches wir auch ohne Quellenaussprüche aus unserer Grundauffassung über die Unanfechtbarkeit der regelmäfsigen Zahlung gezogen haben würden. Ebenso wenig als bei der Hingabe an Zahlungsstatt erhält der Gläubiger bei der Begründung eines Pfandrechts das, was ihm rechtlich gebührt. Ebenso als jene ist die Pfandbestellung ein neues, von der alten Obligation nicht gebotenes, eine Veräufserung enthaltendes Geschäft.

Also auch die Pfandbestellung wird unseres Erachtens der Anfechtung mittels der actio Pauliana unterliegen, vorausgesetzt, dafs der Schuldner die Benachteiligung seiner Gläubiger gewollt hat, dafs der Erwerber des Pfandes conscius war, und dafs die Gläubiger nachher auch geschädigt werden. Alle drei Bedin-

gungen sind hier wie überall aufzustellen, und wir halten uns nicht für befugt, wie es einige gethan haben, jede Pfandbestellung eines Insolventen, auch abgesehen von den bekannten Erfordernissen der actio Pauliana für anfechtbar zu erklären. Insbesondere hat man nämlich bei unentgeltlicher Pfandbestellung von dem Erfordernisse der conscientia fraudis absehen wollen, weil „die Gesetze davon nichts sagen", und weil ferner nicht ein titulus onerosus zu Grunde liegt (Dabelow Seite 437). Hiergegen ist zu erwidern, dafs die Gesetze den allgemeinen Satz aufstellen, die actio Pauliana habe nur gegen einen conscius statt. Heifst es nun in l. 10 § 13 cit. 'hac actione tenebitur', so müfsten die Gesetze etwas „sagen", falls von dem in Rede stehenden Erfordernis abgesehen werden sollte. Was den lukrativen Titel betrifft, so ist entgegenzuhalten, dafs ein Pfandrecht doch keineswegs das Vermögen des Gläubigers vermehrt; die Forderung, welche er bisher hatte, wird nur verstärkt, sicherer gemacht, aber ein lucrum, wie es in der Schenkung — l. 6 § 11 D. h. t. —, im Vermächtnis — l. 6 § 13 eod. —, in der Dosbestellung gegenüber der Frau — l. 10 § 14 eod. — liegt, ist doch in der Pfandbestellung nicht zu finden. Unter Einschränkung auf eine freiwillige, unentgeltliche Pfandbestellung für eine noch nicht fällige Schuld hat auch Dernburg (Pfand-R. § 23 bei Note 25) die eben bekämpfte Ansicht angenommen. Auch mit dieser Einschränkung können wir ein reines lucrum in der Pfandkonstituierung nicht sehen.

Aufserdem zählen die unentgeltliche Pfandbestellung unter die lukrativen Geschäfte Hasenbalg Seite 85, Reinhart Seite 124; in gleicher Weise entscheiden ein Urteil des Ober-Appellations-Gerichts zu Wolfenbüttel aus dem Jahre 1837 in Seuffert XXII No. 286:

> „Die richtige Meinung geht dahin, dafs diejenigen Verpfändungen, welche wegen einer schon früher bestandenen Schuld hinterher vorgenommen worden, nur dann der Rescission durch die Pauliana unbedingt unterliegen, wenn sie unter einem lukrativen Titel errichtet sind,"

sodann zwei Urteile der Ober-Appellations-Gerichte München und Dresden aus dem Jahre 1866 bei Seuffert Band XXI No. 187 und ein solches des Ober-Appellations-Gerichts Oldenburg aus dem Jahre 1876 daselbst Bd. XXXIII No. 355.

Dagegen wendet sich besonders eine Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts Celle aus dem Jahre 1864 in Seuffert Band XX No. 98:

> „Die Bestellung einer Hypothek für eine bereits vorhandene Schuld kann im Sinne der actio Pauliana als eine causa lucrativa nicht angesehen werden,"

wie auch Hasenbalg (Seite 80) selbst zugiebt, dafs er die fast unbedingt herrschende Meinung gegen sich habe, so z. B. das Urteil vom Lübecker Ober-Appellations-Gericht in einer Bremischen Sache aus dem Jahre 1823, bei Seuffert Band IV No. 274 abgedruckt:

> „Wenngleich einige, wie Dabelow Seite 437, bei Pfandbestellung den Beweis der Mitwissenschaft des Gläubigers nicht erforderlich halten, weil die Pfandbestellung wie jede andere alienatio behandelt werde und wenn keine Gegenleistung erfolge, der Erwerb ein lukrativer sei, so ist doch die Regel der actio Pauliana, dafs der Beklagte um die fraus wissen müsse, und wenngleich donatio und liberalitas eine Ausnahme machen, so kann eine blofse Sicherheitsleistung wegen der Zahlung, wobei es auf kein lucrum abgesehen ist, doch nicht als eine donatio oder liberalitas gelten."

Andere meinen, der animus fraudandi des Schuldners sei bei der Pfandbestellung schon in dem Bewufstsein der Insolvenz zu finden. Praktisch mag dies in der Regel der Fall sein; aber zu einem theoretischen Lehrsatz der Art liegt hier ebenso wenig als bei den übrigen Arten der anfechtbaren Rechtshandlungen ein Grund vor. Darin sind unserer Meinung Dernburg (Pfand-R. I Seite 199) und die Erkenntnisse bei Seuffert Band IX No. 356 und Band I No. 392 (O.-A.-G. Celle 1850 und O.-A.-G. Wiesbaden 1847).

Bei der Prüfung, ob eine konkrete Pfandbestellung der Anfechtung unterliege, insbesondere ob der eventus fraudis vorhanden sei, ist von Wichtigkeit der Umstand, dafs die Pfandbestellung gegen ein Äquivalent erfolgt und wie grofs dieses im Verhältnis zum Werte des Pfandes ist. Wenn auch solche entgeltlichen Pfandeinräumungen im gewöhnlichen Leben nicht häufig vorkommen mögen, so müssen wir hier doch, um unsere Frage

vollständig zu erörtern, auf die Behandlung einiger solcher Fälle eingehen.

Zunächst können wir jedoch denen nicht beistimmen, welche das Stunden der fälligen Forderung als Äquivalent für Einräumung eines Pfandrechts gelten lassen. Denn wie bei dem Begriff „Verkürzung“ müssen wir uns auch bei dem Begriff „Aufhebung einer Verkürzung durch Hingabe eines Äquivalents“ auf den Standpunkt der Gläubiger stellen: wenn auch für den Schuldner eine Stundung von grofser Wichtigkeit sein kann, den Gläubigern bringt sie nichts Geldwertes ein.

Wird dagegen die Einräumung eines Pfandes thatsächlich durch Geld oder andere Sachen vergütet, so kann man wie folgt unterscheiden: Kommt vom Standpunkte der nicht bevorzugten Gläubiger aus die Vergütung dem durch die Pfandbestellung verursachten Schaden gleich, wird also durch die Bevorzugung des einen die Lage der anderen Gläubiger nicht verschlechtert, so ist die Pfandbestellung nur dann anfechtbar, wenn schon bei derselben die Absicht vorlag und dem Gläubiger bekannt war, das Äquivalent zu verbringen. War dagegen das Entgelt höher als die sonstige Verkürzung der Gläubiger, so ist die Pfandbestellung irrevokabel, war es niedriger, so ist sie revokabel. Ein Beispiel wird die Fälle erläutern: N schuldet A 1000, B 200 und C 200, er hat kein bares Geld, sondern nur Hausgerätschaften im Werte von 800. Die Forderung des C ist fällig, die beiden anderen sind es nicht. Wegen Insolvenz des N steht Konkurs bevor. Um solchen zu verhüten, gibt A dem Schuldner 200, damit er den C befriedige und läfst sich dagegen für seine Forderung ein Faustpfand im Werte von 600 geben, damit er später wenigstens zum Teil vor einer Konkurrenz mit B gesichert sei. Als die Forderungen des A und des B fällig werden, wird Konkurs eröffnet: A nimmt daran teil mit 400, B mit 200, die Masse beträgt 200, beide erhalten $33\frac{1}{3}$ %. A bekommt abgesondert aus dem Pfand 600, aus der Konkursmasse $133\frac{1}{3}$, B erhält den Rest derselben $66\frac{2}{3}$. Wäre das Pfand nicht bestellt, so wäre der Konkurs schon eröffnet worden bei Fälligkeit der Forderung des C, und es hätten der Masse von 800 Forderungen von 1000, 200, 200 gegenübergestanden. Letztere wären zu etwa 57 % gedeckt worden: B hätte 114 erhalten; er ist geschädigt und kann deshalb das Pfandrecht mit der actio

Pauliana rückgängig machen. War dagegen in dem obigen Falle das Äquivalent 342 statt 200, so wäre der Nachteil, den das Pfandrecht des A dem B zugefügt hat, durch die Vergütung völlig wieder ausgeglichen. B kann die Pauliana nur anstellen, wenn von den 142 etwas fehlt — 200 sind auf die jedenfalls nicht fraudulose Befriedigung des C verwendet — und wenn aufserdem betreffs der Fehlsumme animus und conscientia fraudandi nachzuweisen ist. War endlich die Summe Geldes, welche A dem N gab, höher als 342, so ist das Geschäft für B nicht von Nachteil, sondern von Vorteil, es ist nicht anfechtbar, wohl auch dann nicht, wenn das Äquivalent fehlt und das Fehlen in der fraus seinen Grund hat; denn ein Gläubiger, der durch ein Geschäft mit dem Schuldner den Mitgläubigern Vorteil brachte, kann nicht verantwortlich gemacht werden, auch wenn er wufste, der Vorteil werde durch eine Handlung des Schuldners in Nachteil umschlagen.

Mit uns teilen die Ansicht, die Einräumung eines Pfandrechts unterliege der Pauliana actio, und zwar nur, wenn die bekannten Voraussetzungen dieser Klage vorhanden seien: Wening III Seite 503, Vangerow III § 697 IV, Windscheid II Seite 743, Dernburg Pand. II § 145 bei Note 11, Schey Seite 145, Krische Seite 664, Franke Seite 134, 260.

Die Praxis zur Zeit der Gratifikationstheorie setzte die Pfandbestellung der Zahlung völlig gleich, unterstellte beide also der actio Pauliana, wenn der Schuldner nicht in der Reihenfolge des Andrängens den Wünschen seiner Gläubiger nachkam. Diesen Standpunkt vertritt Strippelmann V Seite 104, sodann ein Urteil des Ober-Appellations-Gerichts Dresden aus dem Jahre 1845 in Seuffert Bd. II No. 352:

> „Sowie der Gläubiger eines Überschuldeten von diesem vor ausgebrochenem formellen Konkurse Zahlung fordern und annehmen kann ohne die Anstellung der actio Pauliana befürchten zu müssen, so kann er sich auch giltiger Weise ein Pfandrecht einräumen lassen. Nur dann findet hiervon eine Ausnahme statt, wenn eine sog. gratificatio eintritt. Diese ist aber nur dann anzunehmen, wenn entweder andere Gläubiger zu derselben Zeit oder vorher auf Zahlung oder Sicherheit gedrungen hatten oder die Schuld, welche bezahlt

oder mit einem Pfandrecht versehen worden ist, noch nicht fällig war."

Anscheinend vertreten dieselbe Ansicht ein Urteil des Ober-Appellations-Gerichts Wiesbaden aus dem Jahre 1847 in Seuffert Bd. I No. 392 und ein solches des Ober-Appellations-Gerichts München aus dem Jahre 1836 daselbst Bd. II No. 116. Mit uns stimmen überein die Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts Lübeck in einer Bremischen Sache aus dem Jahre 1823, des Appellations-Gerichts Celle aus den Jahren 1829 und 1834, des Ober-Appellations-Gerichts Oldenburg (Seuffert Band IV No. 274, VI No. 124, III No. 249).

Trotz der Deutlichkeit der Quellen haben sich doch noch einige, allerdings wenige Stimmen gefunden, welche die Anfechtbarkeit von Pfandbestellung leugnen. Es sind dies Zürcher und Fischer.

Zürcher wird von seiner These, die actio Pauliana setze vor allem eine Vermögensminderung, d. h. Minderung der Aktiva oder Mehrung der Passiva, voraus, genötigt, die Verpfändung für unangreifbar zu erklären, wenigstens die regelmäfsige Verpfändung einer Sache für eine eigene zu Recht bestehende Schuld — und von einer solchen Verpfändung ist die Rede. Die Quellenaussprüche sind ihm, wie seine Ausführungen ergeben, sehr unbequem. Er glaubt dadurch über sie hinwegzukommen, dafs er sie auf den Fall beschränkt, dafs die Pfandhingabe eine „wirkliche Benachteiligung der Gläubiger" enthalte. Eine solche aber will er annehmen in drei Fällen: bei einer Pfandbestellung für eine Naturalobligation, für eine fremde Forderung und bei einer Verbesserung eines Pfandrechts, z. B. Errichtung eines öffentlichen statt des bisherigen nicht öffentlichen. Aber ist nicht schon jede Pfandbestellung eine alienatio, ebenso wie die Zahlung? Gleichwie wir bei dieser nicht eine deminutio patrimonii im strengen Sinne des Wortes annahmen, trotzdem aber sie zu den Veräufserungen in dem entwickelten, weiten Begriffe rechneten, so können wir jetzt dasselbe bei der Pfandeinräumung annehmen, wenngleich die bona, quae deducto aere alieno supersunt, auch bei dieser nicht vermindert werden. Die Gläubiger finden infolge der Verpfändung im Konkurse weniger Wertobjekte, an welche sie sich halten können. Das ist die Voraussetzung unserer Anfechtung.

Fischer (Seite 57) andrerseits sucht seine Meinung, dafs Pfandbestellung irrevokabel sei, mit den Quellen dadurch in Einklang zu bringen, dafs er auf die geschichtliche Veränderung des Pfand- und Konkursverfahrens seit den Tagen des Justinianeischen Rechts aufmerksam macht. Das römische Recht habe den privaten Verkauf des Pfandes durch den Pfandgläubiger gestattet. Dadurch sei eine grofse Unsicherheit entstanden, welche nicht nur den Schuldner selbst, sondern auch die anderen Gläubiger zu benachteiligen die Hand geboten habe; zumal hätte die Gefahr sehr nahe gelegen, die hyperocha zu unterschlagen. Diese Gefahr abzuwenden sei der Zweck der Bestimmungen über Anfechtbarkeit der Pfandbestellung. Mit dem heutigen Prinzipe der Publizität im Pfandrecht sei die ratio legis hinweggefallen, die lex ipsa habe ihre Bedeutung verloren. Hier ist zu entgegnen, dafs die Darstellung des legislatorischen Grundes der hier mafsgebenden gesetzlichen Bestimmungen nirgends in den Quellen einen Anhaltspunkt findet. Auf die Parömie 'Ratione cessante non cessat lex ipsa' wollen wir zwar kein Gewicht legen, da für das gemeine Recht nicht sowohl die Gesetzgebung Justinians als vielmehr die gewohnheitsrechtliche Rezeption Rechtsquelle ist. Jedoch wäre wegen der Rezeption in complexu doch noch zu beweisen, dafs jene Fragmente über die Anfechtbarkeit der Pfandbestellung nicht rezipiert sind. Die Praxis des gemeinen Rechts, wie wir sie oben angeführt haben, lehrte das Gegenteil.

Schlufs.

Das römisch-gemeine Anfechtungsrecht ist nicht dasjenige, welches die heutigen deutschen Gerichte anzuwenden haben. Vielmehr gilt seit dem 1. Oktober 1879 das Reichsrecht, welches in der Reichskonkursordnung §§ 22 flg. und im Reichsanfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 das Anfechtungsrecht der Gläubiger einer vollständigen Neuregelung unterzogen hat. Wenn auch diese reichsgesetzlichen Bestimmungen nicht auf dem gemeinen Recht beruhen, sondern auf dem preufsischen und dies wieder auf dem französischen, so findet sich doch in § 24[1] R.-K.-O. und § 3[1] Anfecht.-Ges. ebenso wie schon in § 103[1] der Preufsi-

schen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 und § 7[1] des Preufsischen Anfechtungsgesetzes vom 9. Mai 1855 eine fast wörtliche Übersetzung des römisch-prätorischen Edikts: es werden alle Rechtshandlungen für anfechtbar erklärt, welche der Schuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat. Hier finden wir dieselben allgemeinen Ausdrücke, dieselben materiellen Voraussetzungen und — dieselben Anlässe zu Streitfragen wieder, wie wir sie im vorstehenden kennen gelernt haben. Insofern hat eine Behandlung einiger Punkte des gemeinen Anfechtungsrechts nicht alle praktische Bedeutung für den heutigen Rechtszustand eingebüfst. Auf die entsprechenden Fragen des Reichsrechts einzugehen, liegt jedoch aufserhalb des Rahmens unserer Abhandlung.

Druck von C. H. Schulze & Co. in Gräfenhainichen.